



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

SINVALDO CONCEIÇÃO NEVES

**A MÚLTIPLA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DE
APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO**

Palmas/TO

2016

SINVALDO CONCEIÇÃO NEVES

**A MÚLTIPLA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DE
APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.
Orientadora: Profa. Dra. Alice Rocha da Silva

Palmas/TO

2016

SINVALDO CONCEIÇÃO NEVES

**A MÚLTIPLA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DE
APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.
Orientadora: Profa. Dra. Alice Rocha da Silva.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profª Drª. Alice Rocha da Silva
Orientadora

Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof. Dr. Paulo Carmona
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof. Dr. Marcelo Fernando Borsio
Centro Universitário– UDF

Dedico este trabalho àqueles que acompanharam esta longa e penosa jornada e me prestaram apoio, em especial a minha amada Helaine, esposa, amante e companheira de todas as horas e de todas as situações, para você, a minha gratidão e o meu coração eternamente. Aos meus pequenos, Helena e Pedro; a meus pais, Silvia e Lourisvaldo; minhas irmãs, Sandra, Patrícia e Elisangela; meus sobrinhos, Douglas, Vinícius, Gabriel, Junior, Patrick, Luan e Lorena; e ao meu compadre e irmão Rogério.

Agradeço a todos que contribuíram com este trabalho de alguma maneira, em especial: a meus professores do curso de mestrado, a minha querida orientadora Dra. Alice, a meus apoiadores: Estellamaris, Débora, Ângela, Poliana, Marcelo, Aline, Michele, Lucimara, Alisson, Danilo, Alessandra, Adriana, Murilo, Gustavo, Paulo, Priscila, Larisse, Fabiana e Dagmar, meus irmãos.

RESUMO

A cassação de aposentadoria é uma pena de natureza disciplinar aplicável ao servidor público efetivo ligado ao Regime Próprio de Previdência Social quando este cometeu ato ilícito grave enquanto estava no exercício de suas funções, mas somente veio a ser penalizado após o término do vínculo funcional provocado pela aposentadoria. A concessão do benefício previdenciário ao servidor público tem por finalidade assegurar a concretização dos direitos sociais por meio de oferecimento de condições pecuniárias mínimas, almejando a subsistência do segurando quando este não mais tiver condições de se manter com o fruto de seu trabalho, seja por estar acometido de uma doença, ou quando estiver com idade avançada, ou ainda nos casos de invalidez. Assim, a pena de cassação de aposentadoria se revela incompatível com o ordenamento constitucional pátrio por violar o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, a aplicação isonômica da norma, a segurança jurídica, por meio do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, o caráter contributivo do regime previdenciário ou pelo simples fato das consequências da pena passar da pessoa do condenado e alcançar seus dependentes econômicos.

Palavras-chave: Cassação de aposentadoria. Regime próprio de previdência social do servidor público efetivo. Dignidade da pessoa humana. Isonomia. Segurança jurídica. Caráter contributivo.

ABSTRACT

Termination of retirement is a penalty of a disciplinary nature applicable to effective public servant linked to Own Social Security System when one committed serious unlawful act while in the exercise of their functions, but only came to be penalized after termination of the labor relationship brought about by retirement. The granting of social security benefits to the public server is intended to ensure the fulfillment of social rights through offering minimal financial conditions, aiming for the maintenance of the holding when one no longer has conditions to stay with the fruit of his work, either to be stricken with a disease, or when you are elderly, or in cases of disability. Thus, the penalty for the termination of retirement is incompatible with the paternal constitutional order for violating the fundamental precept of human dignity, the isonomic application of the rule, legal certainty, through the perfect legal act and granted, the character contributory pension scheme or the simple fact of the consequences of punishment transfer from the convicted person to one's economic dependents.

Keywords: Termination of Retirement. Own Social Security Scheme of effective public servant. Dignity of human person. Equality. Legal Certainty. Contributive Character.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS COM O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	17
1.1 Os direitos fundamentais como norteadores das políticas públicas envolvendo seguridade social	17
1.2 A relação entre o instituto da seguridade social com os direitos sociais ...	22
1.3 A dogmática jurídica pertinente ao regime próprio de previdência social ..	27
1.3.1 A necessidade da contribuição pecuniária dos servidores na manutenção do sistema previdenciário próprio.....	35
1.3.2 A aplicação do princípio da solidariedade nos regimes previdenciários.....	43
1.3.3 Benefícios pagos aos segurados do Regime Próprio de Previdência Social – RPPS	45
1.4 Regime previdenciário complementar e suas consequências para a vida funcional do servidor público	49
2 O PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO E SUA LIMITAÇÃO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	53
2.1 O poder dever do Estado de controlar as atividades executadas por seus órgãos e agentes	53
2.2 Poder hierárquico como instrumento organizador da administração pública	61
2.3 O estado democrático de direito como limitador da atividade correicional	66
2.3.1 O devido processo legal no âmbito da administração pública.....	70
2.3.2 O processo administrativo disciplinar como instrumento garantidor de direitos ou exercício arbitrário do poder do Estado	73
2.4 A inafastabilidade do controle jurisdicional da atividade correicional	93
3 A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTE DA APLICAÇÃO DA PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA	96
3.1 Uma análise da pena de cassação de aposentadoria do servidor efetivo frente aos direitos individuais.....	96
3.1.1 A incompatibilidade da cassação de aposentadoria frente aos valores decorrentes da dignidade da pessoa humana.....	102

3.1.2 A possibilidade jurídica de violação do princípio da isonomia decorrente da aplicação da pena disciplinar de cassação de aposentadoria.....	106
3.1.3 A segurança jurídica como instrumento balizador da inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria.....	111
3.1.3.1 A aplicação da cassação de aposentadoria conflitando com o ato jurídico perfeito	114
3.1.3.2 O direito adquirido como instrumento limitador da aplicação da cassação de aposentadoria.....	120
3.1.4 Da incompatibilidade da pena de cassação de aposentadoria frente ao caráter contributivo dos benefícios previdenciários.....	124
3.1.5 O caráter perpétuo da pena de cassação de aposentadoria frente à proteção constitucional.....	132
CONCLUSÃO	137
REFERÊNCIAS.....	150

INTRODUÇÃO

A leitura do ordenamento constitucional do Estado Brasileiro parte de uma ideia de um sistema harmônico formado por vários institutos jurídicos concatenados e voltados à concretização dos objetivos sociais. As leis, os códigos e as normas administrativas fazem parte de conjunto harmônico que almeja a regulação da vida em sociedade.

Muito embora essa seja a visão ideal do ordenamento jurídico, é sabido que muitos serão os conflitos de normas que vão assolar as estruturas jurídicas do Estado, devendo existir, para tal, mecanismos institucionais e parâmetros para solucionar esses conflitos.

A Constituição Federal desenvolve o papel de ponto de equilíbrio dentro do ordenamento e, em razão da sua característica da supremacia decorrente da sua rigidez, as normas infraconstitucionais devem estar alinhadas aos seus parâmetros normativos, caso contrário, serão extirpadas do ordenamento devido a sua incompatibilidade.

Assim, diante da Sistemática Constitucional Brasileira, o Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, tem o papel de principal hermeneuta e grande guardião da Carta Magna, ficando ao seu critério a verificação da compatibilidade das demais normas com o texto constitucional¹.

Também é de bom alvitre destacar, para a compreensão do objeto do presente trabalho, a figura da administração pública como instrumento de satisfação coletiva. Na sua atividade de concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, o Estado se utiliza de uma estrutura complexa formada por elementos objetivo, subjetivo e finalístico. O elemento objetivo é formado pelas inúmeras instituições de direito público e de direito privado; o elemento subjetivo consiste nas pessoas datadas de uma função pública; já o elemento finalístico é a

¹ CF. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...].

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

³ Lei n. 8.112/90 [...] Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura

atividade desempenhada pelo Poder Público para satisfazer a necessidade da coletividade.

Quando se fala em administração pública, deve-se levar em consideração toda a estrutura estatal cuja finalidade consiste na prestação de atividades à coletividade de modo geral, podendo ser vista como as instituições, com ou sem personalidade jurídica, e os agentes públicos responsáveis pela atividade administrativa, mas também a administração pode ser vista apenas como a própria função administrativa².

Dentro da estrutura administrativa, está localizada a figura do servidor público, que é a pessoa legalmente investida em cargo público, sendo este o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor³.

Ressalta-se que o servidor público não é o único a desempenhar suas atividades no âmbito da administração, sendo apenas uma espécie do gênero agente público, que consiste em todas aquelas que desempenham, a qualquer título, uma função pública⁴.

O grupo dos servidores públicos consiste em uma parcela significativa dos trabalhadores que prestam seus serviços para a administração pública, ou melhor, executam funções públicas necessárias para assegurar o bem estar da coletividade. Pode-se identificar, dentro desse grupo, servidores efetivos, comissionados, estabilizados e não-estabilizados.

Os servidores públicos efetivos são aqueles titulares de cargos públicos cujo provimento deve ser precedido de concurso público de provas ou de provas e títulos, exercendo função de natureza técnico-profissional. Após a promulgação da

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

³ Lei n. 8.112/90 [...] Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

⁴ Lei n. 8.429/92. [...] Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Constituição Federal de 1998, a realização de concurso público passou a ser, salvo hipóteses constitucionais, a única forma de ingresso nas carreiras públicas⁵.

A Carta Magna também admite a figura do servidor público titular de cargo em comissão, cuja finalidade principal é o exercício de funções de chefia, direção e assessoramento. Nesse caso, o legislador constituinte achou por bem dispensar a realização de concurso público para que alguém passe a ser titular desses cargos. Apesar de ser de livre nomeação e exoneração, a Constituição Federal dispôs que deverá ser reservado um percentual mínimo de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira. Essa reserva se justifica devido à continuidade do serviço público, pois é notório que, quando ocorre a substituição de governantes em decorrência do processo político, também se substituem os cargos de comando, prejudicando o andamento das ações públicas⁶.

Em razão da Emenda Constitucional n. 1/1969, o § 1º do art. 97 da Constituição Federal de 1967 passou a dispor que a primeira investidura em cargo público dependeria de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei. Dessa forma, naquela época, abriu-se brecha para o ingresso no serviço público sem a necessidade de realização de concurso público. Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, esses servidores passaram a ser tratados tais quais os servidores efetivos. Nos termos do art. 18, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração autárquica e fundacional, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos por meio da realização de concurso público, passaram a ser considerados estáveis no serviço público⁷.

⁵ CF Art. 37 [...] I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

⁶ CF Art. 37 [...] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

⁷ CF – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

No exercício de suas atribuições inerentes ao seu cargo, o servidor público está sujeito à responsabilização por eventuais atos ilícitos que venha a cometer, podendo responder civil, penal e administrativamente⁸, e esta última apurada perante a própria administração pública.

Em razão do ilícito, segundo o Estatuto Funcional, o servidor público pode ser penalizado com advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria e destituição de cargo em comissão ou função de confiança, a considerar a gravidade do ato ilícito⁹.

Salienta-se que as penas citadas acima não se aplicam na sua integridade aos servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão, vez que o Estatuto Funcional prevê que este estará sujeito à pena de destituição de cargo em comissão sempre que incorrer em falta funcional sujeita à pena de suspensão ou advertência¹⁰.

Por outro lado, dentre as penas administrativas possíveis de serem aplicadas aos servidores efetivos ou estabilizados, desde que sujeitos ao estatuto funcional, destaca-se a de cassação de aposentadoria, cuja aplicação somente é possível aos servidores vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social, voltado prioritariamente aos servidores públicos efetivos, que são aqueles titulares de cargos públicos cujo provimento foi precedido por concurso público de provas ou de provas e títulos, nos termos da obrigatoriedade decorrente da Constituição da República Federativa do Brasil¹¹.

⁸ Lei n. 8.112/90. Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

⁹ Lei n. 8.112/90. Art. 127. São penalidades disciplinares: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; VI - destituição de função comissionada.

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

¹⁰ Lei n. 8.112/90. Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

¹¹ Lei n. 8.112/90. Art. 9º A nomeação far-se-á:

I - em caráter efetivo, quando se tratar de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira;

[...]

Art. 10. A nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de sua validade.

Ressalta-se que a aplicação da pena de cassação de aposentadoria somente se justifica aos servidores públicos que incorrem em falta grave cometida no exercício ou em razão do exercício da função pública, em situação equivalente à aplicação da pena de demissão¹², cuja penalização somente veio a ocorrer depois que o agente público passou para a inatividade funcional.

Entretanto a aplicação dessa pena de natureza disciplinar, que implica a retirada do benefício previdenciário adquirido a partir de uma série de contribuições pecuniárias ao longo da vida funcional do servidor, se coaduna com o ordenamento jurídico, vez que esse servidor incorporou o direito subjetivo ao seu patrimônio jurídico?

A inquietude decorrente dessa interrogação se acentua quando se acrescenta a informação de que a oferta do benefício previdenciário é uma faceta constitucional justificada na dignidade da pessoa humana. O sistema de seguridade social é concretização de direitos fundamentais de segunda dimensão de exigem uma prestação positiva do Estado.

A premissa da dignidade da pessoa humana abre espaço para realização de políticas públicas voltadas a garantir condições mínimas de existência, momento em que se inserem os regimes previdenciários voltados para o custeio de benefícios pagos aos servidores em razão de um risco social.

Outra variável que deve ser levantada diz respeito ao caráter contributivo do sistema previdenciário, ou seja, somente pode se filiar aos regimes previdenciários aqueles que regularmente contribuem para o sistema.

Parágrafo único. Os demais requisitos para o ingresso e o desenvolvimento do servidor na carreira, mediante promoção, serão estabelecidos pela lei que fixar as diretrizes do sistema de carreira na Administração Pública Federal e seus regulamentos.

CF Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; [...]

¹² Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública; II - abandono de cargo; III - inassiduidade habitual; IV - improbidade administrativa; V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI - insubordinação grave em serviço; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI - corrupção; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Na década de 1990, algumas ações foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal visando à declaração de nulidade da pena disciplinar, entretanto a Corte entendeu que o artigo 41, parágrafo 1º, da Constituição Federal, traz a previsão da pena de demissão, sendo a cassação de aposentadoria a medida correlata aplicável ao inativo, se resultar apurado que praticou ilícito disciplinar grave, quando em atividade¹³.

Atualmente tramita perante a Suprema Corte a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.882, proposta pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, ainda pendente de julgamento, cuja causa de pedir se funda na incompatibilidade da cassação de aposentadoria frente à contributividade do sistema previdenciário.

Dentro desse universo, a aplicação de pena de cassação de aposentadoria, em uma primeira análise, viola o direito do servidor de se aposentar, vez que esse durante sua vida funcional recolhe mensalmente a contribuição previdenciária. Porém, diametralmente em sentido oposto, pesa o argumento de que a pena de cassação de aposentadoria está reservada a faltas funcionais graves, e sua aplicação buscaria proteger o decoro do serviço público.

Desse modo, revela-se como objetivo principal da presente investigação a análise da pena disciplinar de cassação de aposentadoria e sua compatibilidade como o ordenamento constitucional brasileiro, em especial no tocante ao direito adquirido, à dignidade da pessoa humana e à vedação ao enriquecimento ilícito.

Para alcançar tal finalidade, será necessário o estudo detalhado dos princípios constitucionais indicados acima, bem como as teses jurídicas que versam sobre o assunto, utilizadas nos tribunais brasileiros.

Justifica-se a elaboração de uma pesquisa aprofundada e detalhada sobre a questão considerando a intensa atividade correcional desenvolvida no âmbito das mais variadas administrações públicas em todas as esferas de poder. No âmbito do Poder Executivo Federal, a atividade de controle da responsabilidade funcional dos

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

servidores públicos é exercida pelo Ministério da Transparência, órgão que incorporou as competências da Controladoria Geral da União, e nos últimos treze anos foram aplicadas 447 (quatrocentos e quarenta e sete) penas de cassações de aposentadoria a servidores públicos¹⁴.

O tema abordado encontra-se na ordem do dia, vez que tramitam inúmeras ações judiciais versando sobre o tema nos mais variados órgãos do Poder Judiciário, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4882, que aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento norteará as demais ações sobre o assunto.

Para o entendimento da matéria, necessariamente deve-se fazer uma abordagem dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente e seus reflexos no sistema previdenciário dos servidores.

No âmbito infraconstitucional, a matéria é tratada pelos estatutos funcionais de competência de cada ente federativo. Apesar da autonomia legislativa de cada um, os entes preferem seguir as mesmas premissas entabuladas na Lei n. 8.112/1990.

Trata-se de pesquisa bibliográfica, em que se utilizarão os métodos dedutivo e dialético. Para se buscar alcançar os objetivos propostos, haverá a necessidade de se discorrer sobre conceitos de institutos constitucionais, tais como dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, direito adquirido e enriquecimento ilícito. Haverá também a necessidade de se trazerem à baila as teorias surgidas dos entendimentos jurisprudenciais, sobretudo do julgamento dos Mandados de Segurança n. 21.948/RJ e 23.299/SP, ROMS 20.557/DF, AgR/MS n. 23.219-9/RS, todos ocorridos no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O trabalho terá uma estrutura silógica a ser desenvolvida em três capítulos. O primeiro capítulo se propõe fazer um estudo a respeito do regime previdenciário dos servidores públicos com o fito de verificar se o recebimento dos benefícios previdenciários configura direito adquirido do servidor público ou se pode ser retirado em caso de aplicação de uma sanção disciplinar.

¹⁴ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. **Relatórios de Punições Expulsivas**. 2016. Disponível em: <www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/relatorios-de-punicoes-expulsivas/arquivos/punicoes-mensal.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2016.

No segundo capítulo, buscar-se-á discorrer sobre as limitações constitucionais ao exercício do poder disciplinar do Estado, sobretudo quanto à observância das garantias constitucionais, tais como devido processo legal, contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcialidade.

Por fim, o terceiro capítulo se propõe verificar a compatibilidade da pena administrativa de cassação de aposentadoria frente ao direito constitucional do direito adquirido, ao devido processo legal e à vedação ao enriquecimento ilícito.

1 A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS COM O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

É de bom alvitre recordar que a Constituição Federal em vigor buscou dar a máxima amplitude aos direitos fundamentais individuais e coletivos, prova disso é o posicionamento topográfico dos artigos que se dispõem em tratar desses direitos. Tão logo a Carta Magna estabelece os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, e o Título II se dispõe a listar os direitos e as garantias fundamentais.

Os regimes previdenciários surgiram com a índole de disponibilizar meios pecuniários para os trabalhadores do setor público que se encontravam em uma situação de incapacidade de laborar devido a uma circunstância surgida em razão de morte, invalidez ou idade, e ao logo dos anos esse benefício se estendeu a todos os trabalhadores.

Assim, em razão da força normativa irradiada pelos direitos fundamentais, a existência do Regime Próprio de Previdência Social é parte integrante de um conjunto de ações governamentais voltado para a concretização de direitos sociais dos trabalhadores existentes sobre a sobra da ideia de dignidade da pessoa humana.

1.1 Os direitos fundamentais como norteadores das políticas públicas envolvendo seguridade social

A afirmação de que a pena disciplinar de cassação de aposentadoria aplicável aos servidores públicos efetivos é ou não compatível com o ordenamento constitucional demanda uma análise do sistema constitucional brasileiro voltado à concretização dos direitos sociais. Para tal mister, será necessário discorrer, prematuramente, sobre o regime previdenciário do setor público.

A gestão pública, em síntese, pode ser vista como um conjunto de atividades realizadas diretamente pelo Estado e demais entes componentes da administração pública, de natureza contínua e voltado à concretização dos direitos idealizados pelo legislador constituinte. Em uma visão mais tecnicista, a gestão pública consiste na concatenação de ideias visando a alcançar um propósito específico por meio de um caminho previamente debatido e escolhido entre os atores envolvidos no processo¹⁵. A partir disso, inúmeras políticas públicas são executadas, voltadas à melhoria das condições de vida na sociedade.

Ressalta-se que numerosas tentativas foram utilizadas para se definir políticas públicas, sempre se buscando captar, além do processo técnico, o processo de cunho político necessário para sua definição. As políticas públicas são, em síntese, ações intencionais dos governos com participação da sociedade privada com algum ou alguns objetivos articulados¹⁶.

A estruturação e a manutenção do sistema previdenciário dos servidores têm um objetivo articulado que consiste em criar um cenário que permita que o agente público tenha condições financeiras de se manter em caso de um infortúnio que o impeça de exercer alguma atividade laboral. O propósito dessa política pública previdenciária é a efetivação do direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Indo até a gênese dos direitos fundamentais, revela-se que o seu aparecimento no cenário estatal se deu com a criação do chamado Estado Moderno, que surgiu como alternativa ao absolutismo, pregando, entre outras coisas, a limitação do poder do monarca pelo reconhecimento de direitos às pessoas. Assim surgem os direitos fundamentais como alternativa à falta de limites do Estado. O reconhecimento de direitos a todos faz parte de um movimento histórico ocorrido no século XVII, denominado de constitucionalismo.

Os ideais liberais surgiram calcados no humanismo e pregando que todos os homens são iguais em direitos e livres para conduzir suas vidas, entretanto os

¹⁵ FRANCA, Phillip Gil. Breves consideração sobre a adequada gestão pública. Busca-se a ótima ou a eficiente? **Fórum de contratação e gestão pública** – FCGP. Belo Horizonte, ano 10, n. 116, ago. 2011.

¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

direitos e a liberdade dos homens podem ser mitigados pela vontade da maioria, o chamado interesse coletivo¹⁷. A liberdade civil é um direito inerente a todos os homens de exercerem suas atividades físicas, intelectuais e morais, compreendendo as liberdades de locomoção, associação, de pensamento, entre outras, a inviolabilidade do domicílio, o direito de propriedade etc.¹⁸.

O termo constitucionalismo pode ser empregado para definir diferentes aplicações. Primeiro refere-se ao movimento histórico de natureza político-social com a finalidade de limitar o poder arbitrário. Em segundo lugar, faz alusão à existência de cartas constitucionais escritas e, por fim, buscam-se identificar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições na sociedade¹⁹.

Mais recentemente, a doutrina constitucionalista tem utilizado de outros termos, tais como neoconstitucionalismo, constitucionalismo avançado ou constitucionalismo de direitos, referindo-se ao modelo de Estado Constitucional de Direito. Nesse modelo a Constituição extrapola a função de mera fonte de norma jurídica, passando a ter a característica de lei superior no ordenamento jurídico, sem qualquer referência ao significado revolucionário, e função de marco normativo estabelecendo princípios para reger a comunidade²⁰.

Sem dúvida o significado da constituição se modificou desde as revoluções burguesas até os tempos atuais. Em uma concepção liberal, a Constituição pode ser entendida como um instrumento responsável pela limitação do poder, além de garantir direitos individuais mínimos. Passando para o Estado Social, as Constituições tiveram de se preocupar com as demandas sociais de melhoras na condição de vida, buscando compensar as discrepâncias surgidas com o individualismo do liberalismo. Nesse ponto, houve uma convergência dos setores

¹⁷ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.129.

¹⁸ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Globo, 2008, p. 179.

¹⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21.

²⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana. **Fórum Administrativo** – FA. Belo Horizonte, ano 8, n. 94, dez. 2008.

públicos e privados para a construção de uma sociedade com a participação do indivíduo na tomada de decisões em prol de um bem comum²¹.

Em uma visão hodierna, a Constituição não é apenas um conjunto de normas básicas para o funcionamento do Estado, ela passou a ser responsável pela construção de uma comunidade de princípios, em que todos os cidadãos se reconhecem mutuamente como livres e iguais, ainda que haja inúmeras diferenças fáticas existentes, vivendo em um mesmo grupo social sob as mesmas regras jurídicas e de modo associativo²².

A Constituição pode ser definida de inúmeras maneiras, pode ser a lei fundamental do Estado, pode ser a norma que estabelece as relações entre governos e súditos, pode também ser o conjunto de normas explícitas que orientam e limitam o poder, ou ainda como define cada uma das funções inerentes ao governo²³.

A Constituição como lei fundamental pode ser vista como um instrumento do processo civilizatório de um Estado, pois visa a conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. O direito Constitucional expressa as normas existentes nos domínios e realidade social. Entretanto é necessário verificar os limites reproduzidos pela Constituição, além de determinar o ponto de equilíbrio na vida real²⁴.

Nesse contexto, em que uma lei fundamental surgiu como instrumento de limitação e definição da autoridade pública, a Constituição, para possuir legitimidade, deve focar em duas premissas: a divisão e estruturação dos poderes do Estado e o reconhecimento de direitos fundamentais do homem²⁵.

A divisão dos poderes fundamentais do Estado consiste em uma tarefa típica da Constituição implicando a concretização da clássica teoria da separação dos

²¹ GUIMARÃES, Guilherme F. A. Cintra. Constitucionalismo e Estado Democrático de Direito: a Constituição como comunidade de princípios ou como ordem concreta de valores? **Revista Debates em Direito**. Belo Horizonte, Ano 9, n 9 out, 2010.

²² Ibidem.

²³ FARIAS NETO, Pedro Sabino. **Ciência política**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 124.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.

²⁵ MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 213.

poderes. Além disso, a colocação de prerrogativas constitucionais visando a estabelecer um escudo do arbítrio estatal também é tarefa constitucional.

Ao passo que se modificou a forma de se conceituarem os direitos fundamentais levando em consideração os valores sociais existentes em um determinado momento histórico, surge a classificação do direito em gerações ou dimensões.

Dentro da classificação tradicional da doutrina, que coloca os direitos fundamentais escalonados em gerações seguindo a sistemática dos ideais da revolução francesa – liberdade, igualdade e fraternidade –, a seguridade social pode ser vista como sendo um direito de segunda geração²⁶.

Os direitos de primeira geração ou dimensão foram os primeiros direitos surgidos junto com o ideário do Estado Liberal no século XVIII e consistente em um caráter negativo, uma abstenção da atividade estatal. Hodiernamente, esses direitos são os chamados direitos individuais e direitos políticos²⁷. Ressalta-se que, no contexto liberal, o paradigma da sociedade se fundava na ideia de um individualismo que aspirava a proteção dos desmandos do poder público²⁸.

A busca por melhores condições de vida e a insatisfação com o individualismo exacerbado do liberalismo faz o direito alargar o conceito de direitos humanos, e o Estado Liberal transforma-se em Estado Social²⁹, surgindo, assim, os direitos de segunda geração ou dimensão, também chamada de liberdades concretas, positivas ou reais, as quais impõem ao Estado a realização de determinadas políticas públicas visando à promoção da igualdade entre os indivíduos³⁰.

Já os direitos de terceira geração ou dimensão sustentam a ideia de *fraternidade e solidariedade* e se caracterizam pela sua titularidade coletiva ou

²⁶ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 277.

²⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 351-352.

²⁸ PEDROSA, Laurício. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte. Ano 2, n. 3, maio/ago. 2013.

²⁹ Ibidem.

³⁰ DANTAS, op. cit., p. 277.

difusa. Dentro desse universo incluem-se disciplinas como o direito do consumidor e ambiental³¹.

Atualmente, ainda se fala em uma quarta dimensão dos direitos decorrentes do processo de transformação social e tecnológico experimentado nas últimas décadas, muito embora não haja uma opinião uníssima quanto a sua materialização, afirmando uns que envolveria o direito à democracia, à participação política, ao pluralismo e à globalização política. Outros citam o direito universal ao desarmamento nuclear como forma de preservação da espécie humana e o direito a não intervenção genética³².

Frisa-se que o surgimento dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, sua classificação em gerações ou dimensões não implica uma sucessão de direitos, pois o reconhecimento de novos direitos não implica no abandono dos já existentes.

1.2 A relação entre o instituto da seguridade social com os direitos sociais

Os direitos de segunda dimensão, como sendo as prerrogativas de cunho social embasadas na ideia de solidariedade entre os indivíduos que compõem a mesma célula social, podem ser agrupados em diferentes categorias, levando em consideração a sua natureza: direitos dos trabalhadores; direitos da seguridade social; direitos sociais econômicos; direitos da cultura e direitos de segurança³³. Os direitos sociais para serem efetivados necessitam de ações estatais em conjunto com a comunidade que visam a reduzir as desigualdades³⁴.

A prevenção do mal coletivo é a razão que legitima o exercício do poder por qualquer membro da comunidade civilizada. A segurança e a liberdade formam o binômio antagônico responsável pela felicidade humana. A liberdade foi disposta e negociada pelo indivíduo em troca da segurança que somente a formação de um

³¹ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 355.

³² Ibidem, p. 354-355.

³³ Ibidem, p. 702.

³⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. A seguridade social como instrumento de concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo** – RDA. Belo Horizonte, ano 2007, n. 246, set/dez. 2007.

grupo com os mesmos ideais fosse capaz de ofertar. Assim, a segurança decorrente da vida social compensa a renúncia da parcela de liberdade³⁵.

Nesse contexto se insere a seguridade social, consistindo em inúmeras ações concretas realizadas diretamente pelo Poder Público ou por particular buscando dar segurança ou conforto ao indivíduo em um momento de fragilidade, as quais se incluem na segurança coletiva propiciada pela sociedade de modo a prestar socorro em situações de infortúnio pessoal.

A seguridade social busca assegurar ao cidadão patamares mínimos de existência partindo de uma premissa de solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. A primeira premissa impõe ao Estado o dever de adotar políticas públicas de redistribuição e seguro social; já a segunda, como já dito, serve como elemento de imposição do respeito para cada indivíduo que vive no grupo social, além de assegurar condições mínimas de sobrevivência³⁶.

Com o advento da modernidade e com o término da Segunda Grande Guerra, a pessoa passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, passou a ser um fim em si mesma. O ser humano passou a ser a razão e o limite do ordenamento jurídico republicano³⁷.

A dignidade da pessoa humana exige o reconhecimento da qualidade intrínseca e distintiva inerente a todos os seres humanos, sendo todos merecedores de respeito e consideração pela sociedade em geral, sobretudo pelo próprio Estado. Deve este, ainda, reconhecer e assegurar a efetividade de um complexo de direitos e deveres fundamentais que protegem a pessoa de atos de cunho degradante e desumano, criando uma condição de existência mínima para uma vida saudável, com qualidade, além de propiciar a sua participação ativa e corresponsável pelo seu destino e de sua existência em comunhão com os demais seres humanos³⁸.

³⁵ COIMBRA, Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1997, p. 44.

³⁶ BALLMAN, Vilian. Aspectos da solidariedade como princípio fundamental da seguridade social. **Revista Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, ano 7, n. 73, mar. 2007.

³⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte, ano 8, n. 94, dez. 2008.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídica-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org) **Dimensões da dignidade**. Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

As bases conceituais da seguridade social foram lançadas no Relatório Beveridge, apresentado ao Parlamento Britânico em 1942 pelo Sir. William Henry Beveridge, cuja finalidade consistia na busca de um sistema de seguridade social capaz de combater a pobreza por meio da concessão de benefícios a todos³⁹.

Na visão do lorde inglês contida no aludido relatório, que influenciou significativa a formação da estrutura do *welfare State* britânico, deve criar um mecanismo utilizado na luta contra os cinco gigantes do mal: a miséria física; a doença; a ignorância; a imundície; e o desemprego involuntário⁴⁰.

A seguridade pode ser vista como um conjunto de regras e princípios jurídicos, além de instituições criadas pelo Poder Público e integradas com a sociedade visando a manter um sistema de proteção social para fazer frente a situações de contingências que inviabilizem as pessoas de prover as necessidades básicas com alimentação, moradia, segurança, lazer, cultura etc. própria ou de sua família, seja por meio da efetivação do direito à saúde, à previdência ou à assistência social⁴¹.

A seguridade social consiste em várias ações decorrentes de uma política pública estatal, que envolve tanto o próprio Estado, as empresas, como os trabalhadores e a sociedade de modo geral, e tem o fito de assegurar condições dignas mínimas para o ser humano.

As ações decorrentes da seguridade social alcançam a todos, seja o trabalhador ao receber um benefício previdenciário ou um indivíduo que busca a assistência do serviço de saúde, pois a seguridade envolve a previdência, a saúde e a assistência social.

Hodiernamente, a seguridade social exerce um importante papel na sociedade, seja do ponto de vista social, ao permitir a ascensão social de pessoas em condição de miserabilidade, ou ao permitir o acesso a serviços públicos de saúde, ou do ponto de vista econômico, movimentando uma gigantesca massa de recursos econômicos.

³⁹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2004, p. 75.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 21.

Apesar da magnitude atual da seguridade social, a sua origem ocorreu com os deveres de assistência familiar mútua decorrente do *pater famílias*. Os soldados do exército romano tinham o dever de guardar parte do seu soldo para formar uma espécie de pecúlio, que recebia de volta ao tempo de sua aposentadoria. Mais tarde, na idade média, as Guildas, associações que envolviam profissionais ou categorias com finalidades religiosas, obrigavam os seus associados a pagarem taxas anuais com a finalidade de criar um fundo a ser utilizado em caso de velhice, doença ou pobreza⁴².

As Guildas eram corporações respaldadas no sentimento de caridade inspirado pela doutrina cristã, entretanto se fez necessário adotar um sistema assistencial embasado em um sistema de normas jurídicas⁴³.

Esse modelo perdurou durante séculos, até o surgimento dos ideais do liberalismo e a realização da revolução francesa. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição previa que a sociedade teria o dever de sustentar cidadãos infelizes, assegurando trabalho aos que detinham condições e meios de subsistência para aqueles incapazes de trabalhar.

No Brasil, já nos anos de 1543, foi criado o plano de pensão para os empregados da Santa Casa de Santos. Em 1821, foi concedida aposentadoria aos docentes que tinham mais de 30 anos de atividade. Na Constituição Imperial de 1824, dentre os direitos civis e políticos dos cidadãos, assegurou-se a existência de socorros públicos⁴⁴. Já a Constituição Republicana de 1891 foi a primeira a utilizar a palavra “aposentadoria” ao assegurar esse direito aos funcionários públicos, apesar de esse benefício não ter natureza contributiva. Na mesma Carta Constitucional também foi concedida aposentadoria ao ex-imperador D. Pedro de Alcântara⁴⁵.

A Constituição de 1934 dispunha que era competência da União dispor sobre normas envolvendo aposentadoria, e aos estados-membros caberia a

⁴² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

⁴³ COIMBRA, Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1997.

⁴⁴ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.

⁴⁵ Art. 7º do ADCT. É concedida a D. Pedro de Alcântara, ex-Imperador do Brasil, uma pensão que, a contar de 15 de novembro de 1889, garanta-lhe, por todo o tempo de sua vida, subsistência decente. O Congresso ordinário, em sua primeira reunião, fixará o *quantum* desta pensão.

responsabilidade de cuidar da saúde e da assistência pública, bem como fiscalizar as leis de cunho social. Também é mérito desse Documento Constitucional o custeio tripartite do sistema previdenciário envolvendo a União, os empregadores e os empregados⁴⁶.

Outra inovação trazida pela Constituição Federal de 1934 foi a previsão de benefícios previdenciários assegurados aos servidores públicos, como aposentadoria compulsória, aposentadoria por invalidez e auxílio doença.

Durante a vigência da Constituição Federal de 1937, surgiram os primeiros institutos voltados a assegurar benefícios previdenciários a determinadas categorias profissionais.

Na Carta Constitucional de 1946, iniciou-se um processo de sistematização da matéria previdenciária, em especial com a sanção da Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960, denominada de Lei Orgânica da Previdência Social.

A Constituição de 1967 não inovou no tocante à matéria previdenciária, apesar de trazer a previsão de alguns benefícios previdenciários, tais como remuneração à gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário⁴⁷.

A Constituição Federal de 1988 buscou inserir as ações estatais, em parceria com outros atores, por meio da instituição sistema de seguridade social voltado a resguardar integralmente as necessidades básicas do indivíduo.

Acrescenta ainda que o Programa de Ottawa de Seguridade Social para as Américas adotado pela 8ª Conferência dos Estados da América membros da Organização Internacional do Trabalho – OIT coloca a seguridade como uma

⁴⁶ Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...] h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

⁴⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 13.

autêntica política social voltada a se alcançar o desenvolvimento social e econômico, bem como a distribuição equânime da renda nacional⁴⁸.

Atualmente a seguridade social está estruturada em um sistema constituído por grandes pilares, que são seu subsistema: a previdência social, a assistência social e a saúde visando à eliminação das necessidades sociais, por meio de ações elaboradas e executadas com essa finalidade. As ações envolvendo a previdência social, de natureza contributiva, buscam eliminar os riscos decorrentes por motivo de doença, invalidez, morte, idade, maternidade, acidente de trabalho etc. Já as ações decorrentes da assistência social buscam proteger a família, a maternidade, a velhice, a infância e a adolescência carente, independentemente de qualquer pagamento de contribuição do beneficiário. Já as políticas de saúde objetivam a redução dos riscos de doença por meio de ações preventivas e curativas⁴⁹.

Como parte do sistema da seguridade social, inserem-se os regimes previdenciários voltados a fazer frente às necessidades básicas do trabalhador tanto do setor público quanto do privado. No item seguinte, serão abordadas as peculiaridades do Regime Próprio de Previdência social do Servidor Público.

1.3 A dogmática jurídica pertinente ao regime próprio de previdência social

Para se gerirem os recursos formados pelas contribuições dadas pelos segurados, a Constituição Federal criou diferentes regimes previdenciários: o Regime Geral, O Regime Próprio e os Regimes Complementares. O Regime Geral de Previdência Social se destina a gerir os benefícios previdenciários assegurados a todos aqueles que exercem uma atividade remunerada, segurados obrigatórios, ou que por uma mera liberalidade resolvam contribuir para um regime previdenciário, segurado facultativo, desde que não estejam vinculados a outro regime previdenciário obrigatório. O Regime Próprio de Previdência Social é destinado a um

⁴⁸ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2004, p. 75.

⁴⁹ BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Previdência social**. Aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4-5.

grupo específico de trabalhadores constituído, basicamente, por parlamentares e servidores públicos efetivos civis e militares. Por fim, ainda existe o regime complementar de natureza facultativa, que busca assegurar um benefício previdenciário ao contribuinte, sem prejuízo de outros benefícios assegurados por outros sistemas previdenciários.

Quando se fala em administração pública, deve-se levar em consideração toda a estrutura estatal cuja finalidade consiste na prestação de atividades aos administrados. Podem-se destacar duas concepções de administração. Na primeira, refere-se às instituições, com ou sem personalidade jurídica, e os agentes públicos responsáveis pela atividade administrativa. Já a segunda concepção refere-se à própria função administrativa⁵⁰.

Devido ao modelo federativo adotado pela Constituição Federal de 1988, a União, os Estados e os Municípios são dotados de autonomia, o que permite que todos tenham suas próprias estruturas administrativas. Muito embora cada ente federativo tenha a prerrogativa de montar sua própria administração, os princípios gerais que sistematizam a coisa pública previstos na Carta Magna devem ser respeitados, não obstante as demais normas estipuladas pelos próprios entes federativos por meio de suas Constituições e Leis Estaduais.

Como já dito, o Regime Próprio de Previdência Social é voltado para uma classe profissional específica, os servidores públicos, importante elemento que compõe a administração. A administração não é apenas um emaranhado de órgãos e instituições, existe também um elemento humano, que são os milhões de pessoas que exercem uma função pública.

O sistema previdenciário que hoje ampara milhões de trabalhadores surgiu com a finalidade de beneficiar servidores públicos. Fazendo uma investigação histórica, o marco inicial do regime ocorreu quando o Império Romano reconheceu aos soldados de idade avançada o direito de receber uma determinada quantia com a finalidade de satisfazer suas necessidades vitais⁵¹.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁵¹ HAIKAL, Daniela Mello Coelho. Peculiaridades do regime de previdência dos servidores públicos no âmbito municipal. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte** – RPGMBH. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, Jan/jun. 2008.

No Brasil, o sistema previdenciário voltado para os servidores públicos surgiu durante o império com a finalidade de proteger de forma gratuita determinadas categorias funcionais, as chamadas Caixas de Socorros Mútuos, que tutelavam determinados setores do funcionalismo público, sem previsão de amparo para o setor privado⁵². Assim, durante longo período, o sistema previdenciário dos servidores tinha natureza não contributiva, sendo modificado apenas com o advento da Emenda Constitucional n. 3, de 1993⁵³.

O surgimento do regime previdenciário voltado apenas ao agente público encontra guarida no argumento de que tais agentes dedicam seu esforço laboral em benefício da coletividade. As atividades desenvolvidas pelos servidores públicos têm o condão de facilitar, melhorar e aprimorar os serviços ofertados aos usuários⁵⁴.

Nos termos da Lei n. 8.112/1990⁵⁵, atual estatuto funcional, servidor público é a pessoa legalmente investida em cargo público, e este é uma unidade administrativa formada pelas atribuições a serem exercidas pelo titular e responsabilidades decorrentes da atividade funcional.

Era comum o uso do termo funcionário público para aquele que exercia uma função pública, como se pode perceber, por exemplo, com a leitura do art. 327⁵⁶ do Código Penal Brasileiro, o conceito é próximo daquilo que hoje se conhece como agente público, entretanto com o advento da nova ordem constitucional passou a ser mais usual a expressão servidor público⁵⁷.

O grupo dos servidores públicos consiste em uma parcela significativa dos trabalhadores que prestam seus serviços para a administração pública, ou melhor, executam funções públicas necessárias para assegurar o bem estar da coletividade, podendo, dentro desse grupo, identificar servidores efetivos, comissionados,

⁵² HAIKAL, Daniela Mello Coelho. Peculiaridades do regime de previdência dos servidores públicos no âmbito municipal. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte** – RPGMBH. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, Jan/jun. 2008.

⁵³ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**: Regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social. 15. ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 338.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Art. 2-Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

⁵⁶ Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

⁵⁷ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 637.

estabilizados e não-estabilizados. Salienta-se que existem outras pessoas que também exercem funções públicas, entretanto não recebem essa denominação, além de estarem sujeitas a outras regras.

Os servidores públicos consistem em gênero coincidente aos funcionários públicos previsto na Constituição de 1967, dentre os quais se encontram os estatutários e os comissionados.⁵⁸ É o conjunto de pessoas físicas com vínculo empregatício e recebendo uma remuneração paga pelo poder público, compreendendo os servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários⁵⁹.

Eles são responsáveis por conduzir as atividades estatais, sendo o burocrata que serve ao Estado dentro dos limites estabelecidos pela lei, responsável pelo bom e regular funcionamento de toda máquina pública dentro de um padrão organizacional para atender as necessidades da coletividade em geral⁶⁰.

Servidores públicos efetivos são aqueles titulares de cargos públicos cujo provimento foi precedido por concurso público de provas ou de provas e títulos. Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, passou a ser regra a obrigatoriedade da realização de concurso público para preenchimento de cargos e empregos públicos. Os servidores efetivos têm como missão constitucional exercer as funções de natureza técnica com nenhum ou pouco poder decisório, assim, funções como a de professores, médicos, enfermeiros, psicólogos, policiais etc., são, em sua maioria, executados por servidores titulares de cargos de provimento efetivo.

O servidor público que ingressa por meio de concurso público tem a possibilidade de se tornar estável ao término do estágio probatório, que é a garantia do servidor público contra interrupções compulsórias de seu vínculo funcional. Uma vez estável, o servidor somente perderá seu cargo em razão de: sentença judicial transitada em julgado; pena disciplinar decorrente de processo administrativo disciplinar em que lhe seja assegurada a ampla defesa; reprovação decorrente de

⁵⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 255.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁶⁰ OLIVERIA, Regis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 186.

avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa⁶¹ e adequação ao limite de despesa com pessoal⁶²⁶³.

Por outro lado, a Carta Magna também admite a figura do servidor público titular de cargo em comissão, cuja finalidade principal é o exercício de funções de chefia, direção e assessoramento. Nesse caso, o legislador constituinte achou por bem dispensar a realização de concurso público para que alguém passe a ser titular desses cargos, pois se presume a existência de um vínculo de confiança pessoal existente entre o gestor e o titular do cargo⁶⁴.

Apesar de ser de livre nomeação e exoneração, a Constituição Federal dispôs que deverá ser reservado um percentual mínimo de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira. Essa reserva se justifica devido à continuidade do serviço público, pois é notório que, quando ocorre a substituição de governantes, em decorrência do processo político, também existe a troca dos titulares dos cargos em comissão do segundo e terceiro escalão. Também é corriqueira a notícia que esses cargos são utilizados como “moeda de troca” de apoio político.

No que pese a previsão constitucional da reserva de um percentual mínimo de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores efetivos, cada ente

⁶¹ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. [...]

⁶² Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. [...]

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

⁶³ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Regime jurídico da estabilidade do servidor público: aspectos controvertidos. **Fórum Administrativo** – FA. Belo Horizonte, ano 5, n. 51, maio 2005.

⁶⁴ Art. 37 [...] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

federativo deve estipular seu percentual por meio de lei, porém isso não ocorre em muitos casos, como acontece, por exemplo, no âmbito da estrutura funcional da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, em que 50% (cinquenta por cento), no mínimo, dos cargos de direção e chefia chegam a ser ocupados por servidores de carreira do órgão⁶⁵.

Outro fator que chama atenção é a demasiada quantidade de cargos em comissão existente na administração pública brasileira. Por ocasião do julgamento da ADI 4125, o Supremo Tribunal Federal registrou que, somente no âmbito do Poder Executivo do Estado do Tocantins, havia cerca de 28.177 (vinte e oito mil cento e setenta e sete) cargos em comissão, superando, inclusive, o número de cargos efetivos⁶⁶.

Em linhas gerais, servidores públicos efetivos e comissionados se assemelham por terem várias características em comum, tais como serem titulares de cargos, possuírem um vínculo de natureza pública com a administração e serem regidos pelos respectivos estatutos funcionais. Entretanto, apesar das similitudes relacionadas acima, também existem pontos de divergência, dentre os quais se cita a finalidade de cada um. Enquanto o servidor comissionado se presta a funções temporárias e de confiança do gestor, os servidores efetivos se dedicam a funções de características técnicas e operacionais.

Outro ponto de divergência entre esses tipos de servidores que merece destaque diz respeito ao regime previdenciário ao qual estão submetidos. Enquanto o servidor exclusivamente comissionado se vincula ao regime geral de previdência social, os servidores efetivos poderão se vincular a um regime específico de previdência social⁶⁷.

⁶⁵ TOCANTINS. **Lei n. 2.252, de 16 de dezembro de 2009**. Institui o Quadro de Servidores Auxiliares da Defensoria Pública do Estado do Tocantins e o respectivo Plano de Cargos, Carreira e Vencimentos. Disponível em: <http://www.defensoria.to.gov.br/docs/Legislacao/_lei2252_09.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2016.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4125**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2635406>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

⁶⁷ CF. Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Outra figura existente no âmbito da administração pública brasileira, ainda que em caráter transitório, é o servidor público estabilizado. A Constituição Federal de 1967, com a alteração advinda com a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, dispunha que o primeiro acesso aos cargos público dependeria de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, entretanto a obrigatoriedade da realização de concursos públicos poderia ser excepcionada pela lei⁶⁸.

Dessa forma, abriu-se a possibilidade do ingresso no serviço público sem a necessidade de realização de concurso público. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, a nova Carta Magna passou a tratá-los da mesma forma que os servidores efetivos, desde que atendido o critério temporal. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração autárquica e fundacional, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos por meio da realização de concurso público, passaram a ser considerados estáveis no serviço público⁶⁹.

Por fim, apesar de ser uma incógnita no direito brasileiro, existe ainda a figura do servidor público não-estável. São aqueles que ingressaram no serviço público antes da Constituição Federal de 1988, sem passar por um concurso público, entretanto, por ocasião de sua promulgação, não tinham o interstício de cinco anos. Nesse caso, as administrações públicas deveriam ter substituído os servidores não estáveis por servidores concursados, porém isso não aconteceu de forma plena, ainda existem servidores nessa condição jurídica.

Muito se discute a respeito da vinculação ao regime próprio de previdência social dos servidores estabilizados pelo art. 19 do ADCT e dos servidores não estáveis. O Parecer MPS/CJ n. 3.333, de 29 de outubro de 2004, do Ministério da

⁶⁸ CF/1967. Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

⁶⁹ Art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais transitórias.

Previdência Social, possibilitou que os entes federativos incluíssem em seus regimes de previdência esses servidores⁷⁰⁷¹.

Antes da edição do supracitado parecer, a Advocacia Geral da União tinha manifestado o entendimento de que a inclusão no regime próprio de previdência social era exclusiva para servidores titulares de cargos efetivos, ainda que não estabilizados, que ingressaram mediante concurso público, excluindo todas as outras categorias. O legislador constituinte originário, seguindo uma tradição constitucional, assegurou estabilidade a todos aqueles que ingressaram antes da promulgação da Carta Magna, desde que tivessem mais de cinco anos de atividade profissional, criando um servidor atípico com todos os direitos do servidor efetivo, exceto a vinculação ao regime previdenciário próprio⁷².

O aludido parecer foi confeccionado a partir da controvérsia interpretativa existente no âmbito interno do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS envolvendo os servidores públicos estabilizados e não-estabilizados do Município de Campinas/SP.

Ao término do aludido documento, o Ministério da Previdência Social entendeu que o servidor que ingressou antes da Constituição Federal de 1988 e adquiriu estabilidade por contar 5 (cinco) anos de atividade pública na data de sua promulgação pode estar vinculado ao regime próprio de previdência social, desde que estejam regidos pelo respectivo estatuto funcional.

Em situação análoga em razão da transitoriedade, existe ainda o “servidor público não-estável”, que são aqueles que ingressaram antes da promulgação da Constituição, mas não possuíam 5 (cinco) anos de atividade até o dia 5 de outubro de 1988. Esses servidores também podem estar vinculados ao regime próprio de previdência social, desde que estejam regidos pelo Estatuto dos servidores públicos.

⁷⁰ BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Previdência social**. Aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios. São Paulo: Atlas, 2007, p. 12.

⁷¹ PREVIDENCIÁRIO. REGIME DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INTERPRETAÇÃO DO PARECER N. GM/030/02 DO ADVOGADO GERAL DA UNIÃO.

O servidor estável abrangido pelo artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e o admitido até 05 de outubro de 1988, que não tenha cumprido, naquela data, o tempo previsto para aquisição da estabilidade no serviço público, podem ser filiados ao regime próprio, desde que expressamente regidos pelo estatuto dos servidores do respectivo ente.

⁷² BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer n. GM 030, de 04 de abril de 2002**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8426>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

Frisa-se que, dentro do universo administrativo, os servidores públicos não são os únicos a trabalharem para administração. Inúmeras outras categorias compõem a administração, seja de forma permanente ou transitória, com ou sem remuneração, titulares de cargos ou não.

Os entes federativos podem organizar seus próprios regimes de previdências voltadas aos servidores efetivos civis e militares alocados na administração pública direta, autárquica e fundacional. Quando o ente federativo não criar seu regime previdenciário próprio, seus servidores se vinculam ao regime geral de previdência social.

O regime previdenciário dos servidores se encontra insculpido no art. 40 da Constituição Federal, podendo cada ente federativo instituir e estruturar o seu regime de previdência social. No âmbito da administração federal, essa tarefa foi cumprida pela Lei n. 9.717/1998 com as alterações advindas pela Lei n. 10.887/2004. Atualmente, além dos dois regimes previdenciários existentes no âmbito federal, todos os estados-membros e o Distrito Federal possuem seus regimes previdenciários, além de aproximadamente 2.285 institutos de previdência dos municípios⁷³.

Ressalta-se ainda que, para os entes federativos que não possuam seu regime previdenciário, obrigatoriamente, seus servidores públicos efetivos ou não devem estar vinculados ao regime geral de previdência social⁷⁴.

1.3.1 A necessidade da contribuição pecuniária dos servidores na manutenção do sistema previdenciário próprio

Os benefícios previdenciários pagos aos servidores públicos de carreira sempre foram feitos de maneira graciosa, sem nenhum tipo de contribuição

⁷³ BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Previdência social**. Aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios. São Paulo: Atlas, 2007, p. 12.

⁷⁴ Lei n. 8212/91. Art. 13. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social.

pecuniária em razão do caráter relevante da atividade desenvolvida. O modelo de previdência social dos servidores públicos surgiu com uma concepção assistencialista para determinadas categorias profissionais e com caráter gratuito. Entretanto esse cenário foi modificado por meio da Emenda Constitucional n. 03/1993, que passou a exigir a contribuição dos servidores de modo a custear o sistema previdenciário⁷⁵.

Essa modificação constitucional foi reflexo do novo modelo de gestão pública implantado durante a década de 1990 no Brasil, o chamado modelo gerencial. O então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso buscou adotar um padrão de gestão calcado na eficiência⁷⁶. A administração pública gerencial cujas feições estão delimitadas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado foi a terceira grande reforma administrativa brasileira. A primeira ocorreu em 1936, durante o primeiro governo Vargas, quando foi implantado um corpo burocrático de agentes do estado a partir de uma concepção weberiana. Outra reforma ocorreu durante o regime militar, materializada por meio do Decreto-lei n. 200, de 5 de fevereiro de 1967, e buscava diminuir a rigidez do modelo burocrático⁷⁷.

Por ocasião da reforma gerencial da década de 90, profundas modificações foram introduzidas na administração pública brasileira, alteração de natureza legislativa – além da criação de novas normas constitucionais, houve uma mudança substancial do tratamento constitucional dispensado à administração pública –, bem como modificação estrutural e organizacional – novas instituições foram introduzidas na estrutura da administração direta e indireta.

O modelo gerencial surge na segunda metade do século passado como uma alternativa para se solucionarem as controvérsias surgidas com as novas expansões da função econômica e social do Estado, além de buscar adequar o Estado aos novos métodos desenvolvidos com a implementação de tecnologias, além do processo de globalização da economia mundial⁷⁸.

⁷⁵ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**. 15. ed. Niterói: Imputus, 2014, p. 337.

⁷⁶ BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Estado**. 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

⁷⁷ MIRANDA, Henrique Saviniti. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 124.

⁷⁸ Ibidem.

Na ocasião de implantação da reforma estatal da década de 1990, o objetivo principal, inegavelmente, foi possibilitar a evolução da cultura administrativa burocrática, que estava voltada principalmente para o excessivo controle da legalidade, redefinindo seu foco para a atuação do Estado junto ao cidadão, focado na melhoria da qualidade da prestação de serviço⁷⁹.

Para tal mister, foi necessário erigir o princípio da eficiência à categoria de princípio básico da administração pública, salientando que o aludido princípio já existia no ordenamento jurídico de forma expressa na Lei n. 8.078/1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor⁸⁰ – e na Lei n. 8.987/1995 – Lei dos Serviços Públicos⁸¹.

O Estado contemporâneo aumentou significativamente a sua importância dentro do cenário econômico, parte robusta das riquezas movimentadas atualmente tem o Estado como seu principal motivador, assim, não se justifica mais a existência de uma organização estatal burocrática e ineficiente. O Estado tem que ser ágil e ter uma conduta otimizada e adequada para a concretização de suas finalidades institucionais⁸².

O desenvolvimento da cultura gerencial para o Estado Brasileiro é norteado pelo princípio da eficiência da administração pública e passa pela necessidade de

⁷⁹ MIRANDA, Henrique Saviniti. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 124.

⁸⁰ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; [...]

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, **eficientes**, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

⁸¹ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, **eficiência**, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

⁸² MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência 1. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 2, n. 7, jul. 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/39841>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

reduzir os custos financeiros envolvendo a atividade administrativa, bem como a qualidade do serviço prestado ao cidadão⁸³.

As modificações realizadas naquele período refletiram sobremaneira na gestão da previdência social dos servidores públicos, aproximando o modelo da previdência pública do regime geral de previdência social.

Em linhas gerais, quando se fala no caráter contributivo do regime de previdência, significa dizer que as pessoas envolvidas no sistema têm de financiá-lo, ficando a cargo da lei que instituir o regime de previdência prever os elementos necessários para a cobrança de contribuição previdenciária, inclusive quanto à contribuição dos inativos e pensionistas⁸⁴.

Esse caráter contributivo visa a proporcionar um equilíbrio financeiro e atuarial para os regimes previdenciários públicos. Dessa maneira, o regime será financiado pelas seguintes fontes: contribuições decorrentes do poder público; contribuições dos servidores ativos, inativos e dos pensionistas; bens, direitos e ativos financeiros provenientes de repasses do patrimônio público; renda gerada a partir do patrimônio acumulado; e compensação tributária⁸⁵⁸⁶.

Acrescenta-se aqui a informação de que a contribuição patronal prestada pelo Poder Público, na maioria dos regimes próprios de previdência social, já ultrapassou ao percentual previsto em lei, exigindo ainda a suplementação orçamentária do ente público⁸⁷.

Na verdade os regimes próprios de previdência social são sustentados, em parte, pela contribuição do próprio poder público – União, Estado, Municípios e DF –, não podendo ser um valor inferior ao da contribuição do inativo, nem superior ao

⁸³ BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Estado**. 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

⁸⁴ BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Previdência social**. Aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios. São Paulo: Atlas, 2007, p. 22.

⁸⁵ Art. 249. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos.

⁸⁶ SILVA, Delúbio Gomes Pereira. **Regime de Previdência social dos servidores públicos no Brasil**: perspectivas. São Paulo: Ltr, 2003, p. 105-106.

⁸⁷ Ibidem, p. 106.

dobro da contribuição deste, bem como pelas contribuições dos servidores públicos ativos inativos ou pensionistas⁸⁸.

Tradicionalmente os trabalhadores ligados ao regime privado sempre contribuíram para a manutenção pecuniária do regime previdenciário, ficando os agentes públicos livres de qualquer contribuição. A Emenda Constitucional n. 03/1993 modificou essa regra por meio do § 6º do art. 40 da CF, introduzindo o caráter contributivo para o regime próprio de previdência social. Entretanto, com relação aos servidores públicos estaduais, a contribuição tinha caráter facultativo, pois o texto do art. 149, § 1º também da CF dispunha que os Estados e o Distrito Federal e os Municípios poderiam instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio dos benefícios previdenciários⁸⁹.

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 20/1998 modificou a redação do art. 40 da CF, assegurando o direito dos servidores efetivos estaduais de estarem vinculados ao regime previdenciário de caráter contributivo, observando critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Fica mantida a obrigatoriedade de recolhimento para os servidores federais, entretanto, como não houve alterações resultantes da aludida Emenda à Constituição no art. 149 da Carta Magna, a instituição de contribuições previdenciárias para os servidores estaduais permaneceu facultativa, o que faz muitos entes federativos não instituírem o referido tributo⁹⁰⁹¹.

Novamente, em decorrência de uma nova reforma constitucional, mudaram-se as regras referentes à contribuição dos servidores públicos efetivos dos estados e municípios, pois a Emenda Constitucional n. 41/2003 modificou o art. 140, § 1º⁹² da CF, passando a impor a obrigatoriedade dos Estados e Municípios de cobrarem de seus respectivos servidores efetivos contribuição previdenciária para auxiliar no custeio dos benefícios previdenciários.

⁸⁸ BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Previdência social**. Aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios. São Paulo: Atlas, 2007, p. 42.

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 555.

⁹⁰ Ibidem, p. 555.

⁹¹ Ibidem, p. 555.

⁹² Art. 140 [...]§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

A contribuição social do servidor público ativo vinculado ao regime próprio de previdência social, segundo a Lei n. 10.887/04, será de 11% (onze por cento) sobre a base de contribuição, sendo considerado como base de cálculo o vencimento, a remuneração ou o subsídio, excluídas verbas de natureza indenizatória⁹³⁹⁴.

No âmbito do Estado do Tocantins, considera-se base de cálculo para fins de contribuição previdenciária o subsídio ou o vencimento do servidor efetivo, considerando a produtividade quando a estes integrar, ou o total das parcelas de remuneração mensal percebidas no exercício do respectivo cargo efetivo,

⁹³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 522.

⁹⁴ Art. 4º A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidentes sobre:

I - a totalidade da base de contribuição, em se tratando de servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo e não tiver optado por aderir a ele;

I - a parcela da base de contribuição que não exceder ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, em se tratando de servidor;

a) que tiver ingressado no serviço público até a data a que se refere o inciso I e tenha optado por aderir ao regime de previdência complementar ali referido; ou

b) que tiver ingressado no serviço público a partir da data a que se refere o inciso I, independentemente de adesão ao regime de previdência complementar ali referido.

§ 1º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

I - as diárias para viagens;

II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede;

III - a indenização de transporte;

IV - o salário-família;

V - o auxílio-alimentação;

VI - o auxílio-creche;

VII - as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho;

VIII - a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função comissionada ou gratificada;

IX - o abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003;

X - o adicional de férias;

XI - o adicional noturno;

XII - o adicional por serviço extraordinário;

XIII - a parcela paga a título de assistência à saúde suplementar

XIV - a parcela paga a título de assistência pré-escolar;

XV - a parcela paga a servidor público indicado para integrar conselho ou órgão deliberativo, na condição de representante do governo, de órgão ou de entidade da administração pública do qual é servidor;

XVI - o auxílio-moradia;

XVII - a Gratificação por Encargo de Curso ou Concurso, de que trata o art. 76-A da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990;

XVIII - a Gratificação Temporária das Unidades dos Sistemas Estruturadores da Administração Pública Federal (GSISTE), instituída pela Lei nº 11.356, de 19 de outubro de 2006;

XIX - a Gratificação de Raio X.

acrescidas das vantagens pecuniárias permanentes, estabelecidas em lei, exceto verbas definidas em Lei⁹⁵.

A Emenda Constitucional n. 41/2004 permitiu que os entes federativos cobrassem dos aposentados ou pensionistas do serviço público da União, dos Estados, Município ou Distrito Federal contribuição previdenciária sobre seus benefícios. Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3128, a Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR buscou a declaração da inconstitucionalidade da norma proveniente do poder constituinte derivado reformador, alegando violação aos direitos fundamentais, sobretudo no tocante ao ato jurídico perfeito, direito adquirido e à irredutibilidade de vencimentos e proventos⁹⁶.

Por maioria, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a possibilidade dos entes federativos de instituir contribuição sobre os benefícios previdenciários pagos aos servidores inativos estaria em consonância com o ordenamento constitucional, pois a Constituição Federal não prevê a imunidade tributária sobre benefícios previdenciários, além de obedecer aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento⁹⁷.

⁹⁵ TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Lei n. 1614 de 4 de outubro de 2005**. Dispõe sobre o Regime Próprio de Previdência Social do Estado do Tocantins, e adota outras providências. Disponível em: <<https://central3.to.gov.br/arquivo/279067/>>. Acesso em: 2 set. 2016. Art. 14.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3128**. <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2199698>>. Acesso em: 2 set. 2016.

⁹⁷ ADI 3128 / DF - DISTRITO FEDERAL
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO
Julgamento: 18/08/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação 18/02/2005

EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional n. 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC n. 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior

Muito embora o Supremo Tribunal tenha manifestado pela constitucionalidade, parte da doutrina critica essa opção do Poder Judiciário. Cobrar contribuição previdenciária dos servidores inativos se assemelha com uma situação em que alguém adquiriu um produto pagando em prestação e, mesmo após quitar a última parcela, continua pagando o mesmo produto⁹⁸.

Apesar de os benefícios concedidos pelos Regimes Próprios de Previdência Social terem caráter contributivo, o Poder Público tem ônus de arcar com outros benefícios pecuniários pagos aos servidores públicos, tais como licença-maternidade, licença-saúde e auxílio-funeral. Ressalta-se que benefícios semelhantes também são assegurados aos demais trabalhadores pelo regime geral de caráter contributivo⁹⁹.

ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC n. 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC n. 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constante do art. 4º, § único, I e II, da EC n. 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.

⁹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 530.

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 555.

1.3.2 A aplicação do princípio da solidariedade nos regimes previdenciários

A solidariedade surge a partir da superação da visão individual do liberalismo e com a preocupação atual do homem com o coletivo. Construir uma sociedade livre, justa e solidária é um dos objetivos a serem perseguidos pelo Estado Brasileiro.

A seguridade social é um sistema de economia coletiva, e como tal a comunidade é chamada a fazer um pacto de natureza econômica ajustada pela solidariedade social, consistindo na premissa de que a contribuição da maioria vai beneficiar a minoria. Em razão dessa ideia de solidariedade coletiva, a previdência social age como redistribuidor de riqueza nacional¹⁰⁰.

Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil não se exaurem nos incisos do art. 3º da Constituição Federal, ficando no aludido dispositivo apenas a essência das metas a serem alcançadas pelo País, devendo ser interpretada em consonância com os demais dispositivos constitucionais¹⁰¹.

Salienta-se ainda que o preâmbulo constitucional, apesar de não possuir força normativa, apenas natureza hermenêutica, preconiza a existência de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Mas, como se trata de um documento de intenções do legislador constituinte, o preâmbulo demonstra o objetivo imaginado para que o Estado Brasileiro construa uma sociedade calcada em valores de fraternidade e solidariedade.

A solidariedade exprime o valor social de se buscar prestações entre indivíduos do mesmo grupo social, aproximando de uma ideia de justiça social e distributiva. A origem da solidariedade se dá em achados egípcios, em que se comprova a existência de uma preocupação de resguardar o interesse de todos diante de um evento fortuito. Apesar de a solidariedade existir desde a antiguidade,

¹⁰⁰ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2004, p. 76.

¹⁰¹ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 146.

ficou em evidência com a revolução francesa, quando passou a ser um de seus lemas¹⁰².

O princípio da solidariedade faz parte da essência de todos os regimes previdenciários, pois os mesmos se sustentam na participação de todos: trabalhadores, Poder Público e sociedade. A solidariedade busca assegurar o equilíbrio financeiro entre os recursos e os encargos suportados pela instituição¹⁰³.

O Brasil adota o chamado Regime de Repartição, que se caracteriza pela solidariedade entre gerações, em que cada geração suporta os riscos hodiernos e das gerações passadas, enquanto que os riscos futuros serão suportados pelas próximas gerações, sempre buscando o equilíbrio entre as receitas atuais e os gastos com o pagamento dos benefícios previdenciários¹⁰⁴.

Para a concretização da solidariedade no sistema previdenciário, o Estado utiliza vários instrumentos que permitem a distribuição dos efeitos econômicos das políticas públicas sociais entre o maior número de pessoas possível, que não pode deixar de contribuir diante de uma adversidade que envolve o grupo social¹⁰⁵.

No sistema da seguridade social, a ideia de solidariedade implica transferência de recursos de uma classe social para outra, ou melhor, é a contribuição da parcela maior da sociedade com capacidade contributiva em benefício da parcela de despossuídos. Assim, a união do grupo permite a sustentação econômica do regime previdenciário¹⁰⁶.

¹⁰² BALLMAN, Vilian. Aspectos da solidariedade como princípio fundamental da seguridade social. **Revista Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, ano 7, n. 73, mar. 2007.

¹⁰³ BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Previdência social**. Aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios. São Paulo: Atlas, 2007, p. 22.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 23.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 26.

¹⁰⁶ BALLMAN, Vilian. Aspectos da solidariedade como princípio fundamental da seguridade social. **Revista Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, ano 7, n. 73, mar. 2007.

1.3.3 Benefícios pagos aos segurados do Regime Próprio de Previdência Social – RPPS

A investidura em um cargo público efetivo possibilita ao seu titular receber alguns benefícios pecuniários pagos pelos regimes previdenciários ou pelo próprio Poder Público, além do recebimento da contrapartida pelo exercício de suas atribuições, que pode ser vencimento, remuneração e subsídio, para o servidor civil, e soldo, para o servidor militar.

Nos termos da Lei n. 8.112/1990, são pagos pela própria administração pública, a título de indenização, diárias, ajuda de custo e transporte. Também é pago auxílio-moradia a título de “ressarcimento das despesas comprovadamente realizadas pelo servidor com aluguel de moradia ou com meio de hospedagem administrado por empresa hoteleira, no prazo de um mês após a comprovação da despesa pelo servidor”. Também são pagas outras verbas com natureza de gratificações e adicionais: retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento, gratificação natalina, adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas; adicional pela prestação de serviço extraordinário; adicional noturno; adicional de férias; outros, relativos ao local ou à natureza do trabalho; e gratificação por encargo de curso ou concurso. Acrescenta-se que outros pagamentos poderão ser realizados a determinadas categorias de servidores públicos em razão da natureza das atividades por eles exercidas.

Além dos pagamentos das verbas relacionadas acima, o servidor público sujeito ao regime próprio de previdência social, bem como seus dependentes, também estão sujeitos ao recebimento de outras verbas de natureza previdenciária relacionadas no já citado Estatuto dos Servidores Públicos¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Art. 185. Os benefícios do Plano de Seguridade Social do servidor compreendem:

I - quanto ao servidor:

- a) aposentadoria;
- b) auxílio-natalidade;
- c) salário-família;
- d) licença para tratamento de saúde;
- e) licença à gestante, à adotante e licença-paternidade;
- f) licença por acidente em serviço;
- g) assistência à saúde;
- h) garantia de condições individuais e ambientais de trabalho satisfatórias;

Dentre os benefícios previstos em lei e pagos aos segurados e dependentes do regime próprio de previdência social, por se alinhar com o objeto do presente trabalho, será debatida com maior profundidade a concessão de aposentadorias.

A aposentadoria é o benefício previdenciário que busca fazer frente aos riscos decorrentes de um evento de doença, invalidez, idade avançada ou exposição a um elevado risco em razão do exercício laboral¹⁰⁸. O regime próprio de previdência social paga ao próprio segurado (servidor público) as aposentadorias decorrentes de invalidez permanente, voluntária e compulsoriamente aos 70 (setenta) anos de idade.

A aposentadoria por invalidez busca minorar os riscos provenientes de uma situação de invalidez permanente decorrente de acidente ou moléstia grave sem levar em consideração a data de ingresso no beneficiário no serviço público, bem como qualquer período de carência¹⁰⁹.

A constatação da invalidez deve acontecer por meio de junta médica oficial, que tem o dever de atestar, além dos dados funcionais do servidor, todas as informações essenciais pela legislação, tais como nomenclatura da moléstia da qual o servidor foi acometido, Código Internacional de Doença – CID, bem como se a mesma se originou das atividades laborais. Também deverão constar eventuais consequências ou efeitos que possam modificar as características da aposentadoria¹¹⁰.

A necessidade da constatação quanto à origem da moléstia que implica invalidez permanente e total se faz necessária em razão do fato de que a mesma

II - quanto ao dependente:

- a) pensão vitalícia e temporária;
- b) auxílio-funeral;
- c) auxílio-reclusão;
- d) assistência à saúde.

§ 1º As aposentadorias e pensões serão concedidas e mantidas pelos órgãos ou entidades aos quais se encontram vinculados os servidores, observado o disposto nos arts. 189 e 224.

§ 2º O recebimento indevido de benefícios havidos por fraude, dolo ou má-fé, implicará devolução ao erário do total auferido, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹⁰⁸ BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Previdência social**. Aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios. São Paulo: Atlas, 2007, p. 203.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 207

¹¹⁰ CONSULTORIA FÓRUM. Aposentadoria por invalidez. Elementos essenciais do laudo médico. **Fórum Administrativo** – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, set. 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=37286>>. Acesso em: 11 maio 2016.

tenha surgido de acidente de trabalho, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável¹¹¹.

Também é devido ao segurado do regime previdenciário típico do servidor público a aposentadoria voluntária, desde que sejam preenchidas condições estipuladas em lei quanto à idade e ao tempo de contribuição. Em razão das modificações nas regras, é prudente salientar que a data de ingresso no serviço público influencia sobremaneira quanto à escolha das regras aplicáveis aos fatos.

A Emenda Constitucional n. 20/1998, ao implementar a reforma previdenciária, trouxe regras distintas: uma provisória, aplicável aos servidores que ingressaram na administração pública antes da vigência do referido documento normativo; e a outra inerente aos novos servidores que ingressaram em data posterior à Emenda Constitucional. Quanto às regras transitórias, com o advento das emendas constitucionais n. 42/03 e n. 47/05, houve modificações¹¹².

Os servidores efetivos inscritos no regime próprio de previdência social antes do dia 19 de dezembro de 1998 possuem o direito adquirido à manutenção das regras até então vigentes. Para tais servidores, é possível fazer a opção entre duas hipóteses: a primeira consiste em se aposentar recebendo um benefício calculado levando em consideração as remunerações utilizadas como base para as contribuições, podendo sofrer limitação em caso de instituição de um regime complementar de previdência; a segunda hipótese, aposentar com remuneração fixada como base nas remunerações, semelhante à hipótese anterior, porém com aplicação de um redutor sobre os proventos¹¹³.

Assim, o servidor que se filiou ao regime previdenciário até a vigência da EC 20/1998 poderá optar por se aposentar com proventos reduzidos, desde que possua a idade, o tempo de permanência no respectivo cargo, tempo de contribuição, além do período adicional de contribuição. Salienta-se que existem regras para aqueles

¹¹¹ Art. 186. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos; [...]

¹¹² BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Previdência social**. Aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios. São Paulo: Atlas, 2007, p. 204-205.

¹¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 257.

que desejam a concessão do benefício em razão de idade e por tempo de contribuição¹¹⁴.

Outras regras são aplicadas aos servidores que ingressaram no serviço público após a vigência da Emenda Constitucional n. 41/2003, não sendo possível a estes realizar qualquer tipo de opção, estando sujeito às regras de aposentadoria previstas no art. 40, §§ 1º, 4º e 5º, tendo a possibilidade de seus proventos serem limitados nos moldes do Regime Geral, desde que seja estabelecida a aposentadoria complementar¹¹⁵.

O art. 40, § 4º, inciso III, da CF permite que aqueles servidores cujas “atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” tenham critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria. Entretanto a aludida norma está condicionada à regulamentação por meio de lei complementar, surgindo aqui uma grande dúvida quanto à efetivação desse direito enquanto não for editada a respectiva lei complementar. Os servidores

¹¹⁴ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 20, 16 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

[...]

Art. 9º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I - contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e

II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

- a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e
- b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do "caput", e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

- a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e
- b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II - o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o "caput", acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

¹¹⁵ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 41, 19 de dezembro de 2003**. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

devem aguardar a edição da norma? Ou podem se valer de um mandado de injunção buscando a efetivação da norma?¹¹⁶

Os servidores públicos também estão sujeitos à aposentadoria compulsória em decorrência do fator idade, que ocorre aos 70 anos de idade, ou 75 anos na forma de lei complementar. Essa modalidade de aposentadoria será automática e declarada de ofício por ato da administração tão logo o servidor público complete a idade necessária.

1.4 Regime previdenciário complementar e suas consequências para a vida funcional do servidor público

Como dito alhures, além do Regime Geral de Previdência Social e do Regime Próprio de Previdência Social, ainda existe o chamado Regime Complementar, que consiste no conjunto de normas e princípios aplicáveis ao conjunto de indivíduos que buscam o pagamento de um benefício previdenciário de modo a complementar a renda proveniente de um regime de previdência básica¹¹⁷.

No que pese o objeto central da presente investigação ser a incompatibilidade da pena de cassação de aposentadoria aplicada ao servidor efetivo, é prudente destacar a existência do regime complementar de previdência, pois este passou a ser uma realidade na sistemática administrativa brasileira.

O tema previdência complementar dos servidores públicos foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional n. 20/1998, no que pese a sua existência no âmbito privado, e tem a finalidade de agir como ente supletivo, buscando a expansão do sistema de proteção da seguridade social¹¹⁸.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 21, VIII, prevê, dentre as competências materiais da União, a de “administrar as reservas cambiais

¹¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 206.

¹¹⁷ CAMPOS, Marcelo Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 431.

¹¹⁸ PULINO, Daniel. Previdência complementar do servidor público. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP**. Belo Horizonte, ano 2, n.4, jan/abr. 2013.

do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada”.

Com o advento da aludida Emenda Constitucional n. 20/1998, passou a ser facultado aos entes federativos instituírem seus regimes complementares de previdência social para os seus servidores efetivos, permitindo, assim, que uma vez instituída, poderia o ente estipular um limite pecuniário para o pagamento dos benefícios previdenciários¹¹⁹.

Destaca-se que a instituição de um regime complementar, facultativo e contributivo de previdência social implica uma opção legislativa de incentivar o desenvolvimento da cultura previdenciária privada entre os servidores¹²⁰.

Pode-se considerar que a EC n. 20/1998 foi o marco inicial para a previdência complementar dos servidores públicos, pois antes da citada norma constitucional não faria muito sentido, vez que se pagavam proventos integrais aos beneficiários, tendo como piso a última remuneração, além de ser assegurado o direito à paridade dos regimes entre os servidores da ativa com os inativos¹²¹.

O regime complementar, por ter natureza facultativa, parte da realização de um acordo celebrado entre o servidor e o instituto previdenciário, caracterizando-se por ser bilateral, oneroso, solene e de adesão¹²². Acrescenta-se às características o regime jurídico híbrido, pois ao mesmo tempo em que se aplicam regras de direito público, também é possível a aplicação de regras de direito privado, exigindo uma harmonia entre elas¹²³.

¹¹⁹ Art. 40 [...] § 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

¹²⁰ GRIGUET, Magadar Rosália Costa et. al. **Previdência Social**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 228.

¹²¹ CAMPOS, Marcelo Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 433.

¹²² GRIGUET, op. cit., p. 230.

¹²³ CAMPOS, op. cit., p. 443.

O regime complementar é um conjunto de ações do poder público e da sociedade, podendo inclusive se valer de ações estranhas à atividade estatal, visando a possibilitar ao participante uma complementação de sua renda por meio da formação de uma poupança previdenciária¹²⁴.

O regime complementar de previdência social do servidor público se caracteriza, segundo leitura do texto constitucional¹²⁵, por ser complementar, autônomo, facultativo, contratual, baseado em formação de reservas, necessitando de transferências e desvinculado da relação laboral¹²⁶.

A complementariedade consiste sobremaneira na principal característica desse regime, pois não visa a fazer frente às necessidades básicas do beneficiário, tal finalidade deve ficar a cargo do benefício advindo do regime obrigatório. Já a autonomia corresponde à desvinculação do regime complementar em relação aos demais regimes¹²⁷.

¹²⁴ MASCARENHAS, Janaína Bittencourt Faneca; MOREIRA, Mariana Miranda. Breves considerações sobre a regulação e a fiscalização das entidades fechadas de previdência complementar. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, Ano 14, n. 166, dez. 2014.

¹²⁵ Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

¹²⁶ PULINO, Daniel. Previdência complementar do servidor público. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública** – RBEFP. Belo Horizonte, ano 2, n.4, jan/abr. 2013.

¹²⁷ Ibidem.

Outra característica é a faculdade, que corresponde a não obrigatoriedade de vinculação a esse regime, pois, por ser de natureza contratual, necessita do consentimento expresso do servidor. Também é característica desse regime a necessidade da formação de um pecúlio a partir das contribuições de seus beneficiários para garantir o pagamento dos futuros benefícios. E, por fim, ressalta-se que os benefícios contratados na previdência complementar não estão vinculados diretamente com a relação de trabalho do beneficiário¹²⁸.

Na esteira na norma constitucional permissiva, foram editadas as Leis Complementares n. 108 e 109, ambas de 2001, dispondo sobre o regime complementar dos servidores públicos. Nos termos das citadas normas, essas entidades adotarão a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos e serão regulados e fiscalizados pelo poder público, ficando vedada a gestão privada desses fundos¹²⁹.

Ressalta-se que as citadas leis complementares têm natureza de norma geral, sendo aplicável a todos os governos. Entretanto, se houve a opção do ente federativo de adotar o regime complementar para os seus servidores, este deverá instituir normas estaduais, considerando que possui competência legislativa para tal, e os municípios, que possuem competência supletiva¹³⁰.

Como já dito, apesar de não ser objeto central deste trabalho, a aplicação da pena de cassação de aposentadoria ao servidor público efetivo não traria qualquer reflexo ao recebimento de um benefício pago pelo regime complementar, pois, tal qual no regime próprio, a manutenção deste regime também ocorre a partir da contribuição feita pelos seus associados. Dessa maneira, mesmo sendo penalizado, o servidor mantém o direito de receber os proventos complementares.

¹²⁸ PULINO, Daniel. Previdência complementar do servidor público. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública** – RBEFP. Belo Horizonte, ano 2, n.4, jan/abr. 2013.

¹²⁹ Ibidem, p. 434.

¹³⁰ CAMPOS, Marcelo Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 433.

2 O PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO E SUA LIMITAÇÃO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado, por meio de sua estrutura administrativa, tem o ônus de executar políticas públicas almejando a satisfação dos interesses da coletividade, entretanto, devido à complexidade do aparato estatal, inclui-se também como atividade administrativa o controle institucional e funcional. Enquanto o controle institucional ou finalístico se volta para os órgãos da administração centralizada e instituições da administração descentralizada, o controle funcional se volta para o elemento subjetivo que executa as atividades administrativas. A função disciplinar voltada à correção da atividade dos agentes públicos não pode ser encarada pelo ente estatal como ilimitada, pois se deve prezar pela efetividade das normas constitucionais voltada, sobretudo, para a concretização do Estado Democrático de Direito e seus reflexos inibidores da atividade correcional.

2.1 O poder dever do Estado de controlar as atividades executadas por seus órgãos e agentes

Em uma visão contratualista de Estado, o ser humano abriu mão de parte de sua liberdade em prol de uma entidade supraindividual, o Estado, responsável pela execução de serviços públicos com a finalidade de satisfazer as necessidades coletivas. A ideia de serviços públicos está ligada, necessariamente, à ideia de satisfação do interesse público e com a atividade do Estado, ainda que não seja ele o executor da atividade.

Os serviços públicos consistem na atividade estatal, ou na prestada por meio do particular que recebeu uma delegação, sob o regime jurídico de direito público, almejando a satisfação da necessidade essencial e secundária da coletividade¹³¹. O citado conceito de serviços públicos se atém à forma como devem ser prestados os serviços públicos. A Constituição Federal afirma que é incumbência do Poder

¹³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 325.

Público, na forma da lei, prestar diretamente ou por meio de delegados serviços públicos¹³².

O conceito de serviço público tem sofrido modificações como o processo de evolução social somado às transformações tecnológicas e jurídicas. É prudente lembrar que esse conceito pode sofrer variações conforme o Estado onde ele está sendo ofertado, enquanto em um lugar a atividade é considerada como serviço público, em outro será uma mera atividade econômica. É sabido que o direito administrativo brasileiro sofreu uma significativa influência do direito francês, em que a noção de serviço público foi resultado de um processo de construção doutrinária e jurisprudencial e consiste, em linhas gerais, na atividade do Estado regido pelo Direito Público¹³³.

O famoso julgado do Tribunal de Conflitos Francês de 1873 denominado de “Caso Blanco” teve o importante papel de consagrar os serviços públicos como objeto do direito administrativo. A noção de serviços públicos na França ficou a cargo da denominada “Escola do Serviço Público” ou “Escola de Bordeaux”, cujo fundador foi Léon Duguit, tendo como premissa que o serviço público é fruto da realidade social existente em determinado momento histórico. Assim, seria, então, a atividade regulada e controlada pelo Estado, por ter natureza indispensável ao bem-estar e ao desenvolvimento social. Os serviços públicos são os fundamentos e os limites do poder estatal¹³⁴.

A prestação direta do serviço público ocorre quando os entes estatais se utilizam de suas próprias pessoas jurídicas ou de pessoas jurídicas, de direito público ou de direito privado, criadas especialmente com essa finalidade. Aqui se vislumbram os fenômenos da centralização ou descentralização administrativa.

Eventualmente, com base no permissivo constitucional, pode-se autorizar que um ente privado execute serviços de interesse coletivo, a partir das regras criadas e impostas pelo Estado, podendo ser utilizados instrumentos como a concessão, a permissão ou a autorização de serviços públicos.

¹³² Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor – CDC: limites e possibilidades. **Revista Brasileira de Direito Público** – RBDP. Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009.

¹³⁴ Ibidem.

Se o homem, sendo um ser social, voluntariamente decidiu viver na cidade, é devido ao fato de desejar aproveitar as benesses da vida em grupo, porém, além de seu interesse individual, ele busca o progresso do grupo a que pertence, surgindo a ideia de um bem comum. Dentro dessa sistemática, cabe ao Estado perseguir o bem coletivo sob dois aspectos: individual ou particular – aqui o bem comum consiste no conjunto das condições comuns próprias à organização e à conservação de seus bens; bem do todo (formalmente distinto de cada uma das partes), ele é, portanto, ao mesmo tempo, bem próprio de cada pessoa; social ou coletivo – consiste na orientação e na unificação dos indivíduos na sociedade¹³⁵.

Diante dessa perspectiva, a atividade do Estado que busca os interesses da coletividade pode ser executada utilizando-se da estrutura funcional composta por pessoas municiadas de suas funções públicas e de instituições dotadas ou não de personalidade jurídica. Essa estrutura é denominada Administração Pública.

A administração pública pode ser observada em dois sentidos: o primeiro corresponde às instituições e aos agentes públicos responsáveis pela função administrativa; o segundo sentido corresponde à própria função administrativa exercida pelo Poder Executivo¹³⁶. O sentido objetivo dado à administração corresponde à própria gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, por meio de seus órgãos e agentes. Já no sentido subjetivo, administração corresponde aos agentes, órgãos e pessoas jurídicas que executam a atividade administrativa¹³⁷.

Verifica-se que em ambos os sentidos a finalidade primordial da administração é a execução de atividades para satisfazer os interesses da coletividade. Para tanto, ela se vale de uma gama de recursos estruturais, tais como pessoas jurídicas especializadas e órgãos públicos, e uma gigantesca massa de trabalhadores. Ademais, além da sua estrutura funcional e institucional, o Estado utiliza-se, para alcançar seu intento, de uma série de prerrogativas de ordem pública, todos embasados na ideia de supremacia e indisponibilidade do interesse público.

¹³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 86.

¹³⁶ Idem, 2008, p. 49.

¹³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 76.

O direito administrativo, como ramo autônomo da Ciência do Direito, nasceu no período do Estado liberal, sofrendo forte influência do individualismo, entretanto, paradoxalmente, com vistas à consecução de fins de interesse público, ele se reveste de certo autoritarismo¹³⁸.

A premissa da supremacia do direito público sobre o direito particular é um dos pilares do direito público brasileiro e foi construído ao longo de décadas pela doutrina sob forte influência do direito francês clássico¹³⁹ e tendo como principal argumento justificador a superioridade do Estado nas relações jurídicas devido a sua autoridade, de modo a garantir a consecução do interesse público¹⁴⁰.

A visão de que as relações jurídicas com o Estado são verticalizadas e a ideia de superposição de seus interesses frente ao particular tem sofrido inúmeras críticas. O interesse público não pode ser buscado a qualquer custo em detrimento do interesse privado, é necessário encontrar um ponto de equilíbrio. Se não houver como conciliar os dois interesses, deve-se buscar o menor sacrifício aos interesses privados¹⁴¹.

O princípio do interesse público, hodiernamente, assegura à administração prerrogativas que extrapolam o equilíbrio e a harmonia das relações sociais e lhe permite uma atuação autoritária em nome do interesse da coletividade. A título de exemplo, pode-se destacar o instituto da desapropriação, por meio do qual o Poder Público retira, ainda que mediante indenização, compulsoriamente a propriedade de outrem em nome do interesse da coletividade.

O ordenamento jurídico brasileiro não contempla a supremacia do interesse público sobre o particular, pois esse não é um princípio ou uma norma, trata-se apenas de uma teoria incompatível como Estado Democrático de Direito e não respeitadora dos direitos fundamentais. Ademais, o interesse estatal não coincide

¹³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 86.

¹³⁹ LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da Supremacia do interesse público: Crise, contradições e incompatibilidade de sua fundamentos com a Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 9, n. 36, abr./jun. 2009.

¹⁴⁰ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Interesse Público e administração concertada. **Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**. Belo Horizonte, ano 5, n.12, abr./jun. 2009.

¹⁴¹ Ibidem.

com o interesse da sociedade. Assim, não haveria cenário para a existência do princípio da supremacia do interesse público no direito brasileiro¹⁴².

No que pesem as fortes críticas levantadas em desfavor do interesse público, salienta-se que o princípio do interesse público se desenvolveu no período do Estado de Direito, ocasião em que o Estado teve de alargar sua atuação nos mais diversos setores visando a corrigir as distorções criadas pelo liberalismo¹⁴³. As atividades desenvolvidas pelo Estado visam a beneficiar a coletividade, mesmo quando a finalidade imediata busca satisfazer a um interesse estatal imediato, por exemplo, quando o Poder Público adquire, por meio de processo licitatório, peças de reposição para seus veículos que são utilizados como ambulância, o objetivo imediato é a manutenção de sua frota, entretanto os veículos contribuirão significativamente na execução de uma política pública de saúde efetiva¹⁴⁴. Acrescenta-se ainda que não é somente o indivíduo o único destinatário da atividade administrativa, ainda que este se beneficie pessoalmente, e sim o grupo social em um todo.

O Estado, na busca da satisfação das necessidades coletivas da sociedade, emprega diversos recursos humanos, financeiros e institucionais e tem de, constantemente, planejar, executar e controlar suas atividades, conforme previsto no art. 6º do Decreto-Lei n. 200/1967. A atividade pública deve ser pensada e constantemente repensada visando à otimização dos recursos públicos, seja racionalizando, simplificando, padronizando a aquisição de materiais ou revendo estruturas e procedimentos¹⁴⁵.

Entre as fases da atividade administrativa estão o planejamento, a organização, o comando, a coordenação e o controle¹⁴⁶. Mesmo diante desse processo de constante mutação das estruturas e dos métodos utilizados, deve-se

¹⁴² LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da Supremacia do interesse público: Crise, contradições e incompatibilidade de sua fundamentos com a Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 9, n. 36, abr./jun. 2009

¹⁴³ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 86

¹⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77

¹⁴⁵ BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Estado**. 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

¹⁴⁶ Decreto Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. [...] Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I - Planejamento. II - Coordenação. III - Descentralização. IV - Delegação de Competência. V - Controle.

lançar mão de mecanismos de controle da atuação administrativa, seja com o fito de acompanhar as instituições, seja para controlar e fiscalizar a atuação de seus agentes.

A administração, em todas as suas esferas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – deve pautar sua atividade com legitimidade, assim, deve agir conforme as normas pertinentes a cada ato, ainda que discricionário, ou atividade visando ao bem estar coletivo. Caso contrário, o agente público pode viciar o ato condenando-o à nulidade plena¹⁴⁷.

Assim, em termos normativos, as atividades de controle devem ser exercidas em todos os níveis e em todos os órgãos, visando a compreender: o controle hierárquico feito pela chefia competente quanto à execução de programas e no cumprimento de norma; a existência de órgão com atribuição específica de controlar as normas gerais que normatizam as atividades auxiliares; e o controle realizado pelos órgãos de contabilidade e auditoria quanto à aplicação de recursos financeiros e à guarda de bens públicos¹⁴⁸.

Apesar da recente tentativa de se adotar no Brasil o modelo de administração pública gerencial, privilegiam-se o formalismo e o excesso de rigidez na execução do procedimento¹⁴⁹. A fiscalização decorrente do formalismo exacerbado dos procedimentos pode até ter o seus méritos como atividade de controle, porém tem o condão de tornar a administração pouco célere em suas atividades. Entretanto, com a tentativa de implantação da administração gerencial no Brasil, buscou-se fomentar o controle social.

Modernamente o direito brasileiro, seja na órbita constitucional ou infraconstitucional, tem buscado viabilizar o controle político exercido por diferentes seguimentos da sociedade, denominado de controle social. Trata-se de um poderoso instrumento democrático que permite a participação do povo na tomada de decisões estatais. Apesar de ser uma tendência, esse modelo de controle tem se

¹⁴⁷ ROCHA, Lincoln Magalhaes da. **A função controle na Administração Pública** – Controle Interno e Externo. Fórum Administrativo – FA. Belo Horizonte, Ano 1, n. 2, Abr. 2001.

¹⁴⁸ Decreto Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Art. 13.

¹⁴⁹ BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Estado**. 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

revelado incipiente, apesar da inserção da vontade popular no planejamento e na execução de políticas públicas¹⁵⁰.

A participação da sociedade por meio de órgãos de representação nas decisões e definição de políticas públicas encontra guarida no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, em que se prevê o povo como sendo o ente originador do poder, o exercendo por meio de seus representantes ou diretamente nas formas estipuladas no texto constitucional.

Salienta-se aqui a aprovação da Lei Complementar n. 131, de 27 de maio de 2009, que modificou a Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Aquela dispõe que a transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos, pela liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público, e a adoção de sistema integrado de administração financeira e controle que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União¹⁵¹.

De fato, percebe-se que a democracia tem tentado se reinventar, permitindo um maior controle social por meio de vários mecanismos de transparência, participação popular etc. e recriando a figura da legitimidade popular.

No que pesem os grandes avanços obtidos pelo incentivo à participação popular, a lei disponibiliza inúmeros mecanismos de autocontrole realizados pela administração de sua atividade. O Supremo Tribunal Federal, por meio das Súmulas

¹⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 950.

¹⁵¹ **Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000**. Art. 48. [...] Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

346¹⁵² e 473¹⁵³, reconheceu a possibilidade de a administração pública rever seus atos, independentemente de qualquer manifestação do Poder Judiciário.

A possibilidade de a própria administração pública rever suas decisões e seus atos se justifica pela existência de equívocos cometidos por seus agentes no exercício de sua atividade, o que não é nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas e seu cargo, o que viabiliza uma maior celeridade no controle da legalidade dos atos administrativos. Defrontando-se com esses erros decorrentes, muitas vezes de falha na interpretação legal, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade sem qualquer interferência externa para dar início ou para realizar a atividade de controle. Salienta-se que não se está diante de uma mera liberalidade do Poder Público, mas também de um dever. Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários¹⁵⁴.

Essa revisão se revela em um excelente instrumento de controle interno, vez que ela pode revogar o ato quando identificar que esse não atende mais aos anseios da administração pública e, conseqüentemente, da sociedade, bem como pode anular o ato que vislumbre, no caso concreto, qualquer vício de legalidade ou de constitucionalidade.

Registra-se que a autotutela, além da finalidade de analisar os aspectos de legalidade do ato, também verifica questões inerentes ao mérito administrativo, abordando a conveniência e a oportunidade para a manutenção ou desfazimento do ato administrativo¹⁵⁵.

Assim, percebe-se que, apesar da múltipla existência de mecanismos de controle da atividade administrativa, a mera existência desses meios não é suficiente para propiciar a efetividade do controle da administração pública.

¹⁵² SÚMULA 346. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

¹⁵³ SÚMULA 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

¹⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

Em muitos momentos, mesmo não sendo uma mera faculdade, o gestor, por questões pessoais ou políticas, não utiliza o rigor necessário para a consecução da finalidade pública na atividade de controle, ou, simplesmente, deixa de executá-la. Ademais, no que pese a existência dos meios oficiais de controle, não se pode olvidar dos inúmeros mecanismos disponibilizados ao particular para que este contribua no controle da atividade administrativa.

2.2 Poder hierárquico como instrumento organizador da administração pública

Nos Estados democráticos, o povo é o titular do poder, e somente ele pela manifestação de sua vontade pode legitimar a atuação de órgãos ou representantes. A Constituição Federal de 1988 consagra essa premissa ao dispor que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O conceito de democracia tem natureza histórica, e remete à ideia da realização de valores essenciais de convivência humana, não sendo somente um valor-fim¹⁵⁶, fundando-se em três princípios: maioria numérica, igualdade e liberdade de manifestação, a ideia de princípios da democracia deve ser reelaborada¹⁵⁷.

Nos Estados que adotam o sistema político democrático, a legitimação dos governantes ocorre por meio da delegação do poder por parte do Povo. O princípio da maioria numérica parte da fala de Aristóteles de que a democracia é o governo em que o número é o que domina, isto é, a legitimação do poder nos Estados Democráticos parte da anuência da maioria do povo¹⁵⁸.

Aqui se revela de extrema importância, a título de exemplo, revisar os sistemas eleitorais utilizados no Brasil – majoritário e proporcional – e em ambos consagra-se vencedor do processo eleitoral aquele que obtiver a maioria dos votos, seja individualmente ou para a legenda ou coligação eleitoral. No sistema

¹⁵⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 125.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 129.

¹⁵⁸ Ibidem.

majoritário, utilizado as eleições para provimentos dos cargos eletivos do Poder Executivo e do Senado Federal¹⁵⁹, consagra-se vencedor aquele que obtiver a maioria relativa ou absoluta dos votos; já no proporcional, utilizado nas eleições legislativas¹⁶⁰, utilizam-se, para proclamar os eleitos, os votos atribuídos ao partido político ou à coligação política em que está filiado o candidato.

No absolutismo, o Estado se revela uma máquina programada para realizar sua atividade com base exclusivamente na vontade do monarca; na democracia, ao contrário, essa mesma máquina é programada com base na vontade do povo¹⁶¹.

O regime democrático nasceu sob a ótica do liberalismo, em que palavras como segurança, propriedade privada, privacidade servem para identificar o constitucionalismo liberal. Nessa sistemática, o ordenamento jurídico visa a proteger o direito e a vontade de cada indivíduo, e a democracia visa a resguardar a vontade coletiva¹⁶².

O princípio da igualdade parte da premissa de que todos os homens, ou os seus votos, terão o mesmo valor no processo político¹⁶³. Inicialmente, com a pressão realizada pelos movimentos operários e pelas organizações políticas de esquerda, surgiu o voto igualitário masculino, para depois ser implantado o voto universal e a discriminação de gênero¹⁶⁴.

Atualmente, no direito brasileiro, além de previsão constitucional da existência do voto igualitário, inclusive com status de norma imutável, existem normas infraconstitucionais tratando o dispositivo democrático, bem como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Decreto-legislativo n. 226/1991 e promulgado pelo Decreto n. 592/1992, em que é

¹⁵⁹ Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Art. 83. Na eleição direta para o Senado Federal, para Prefeito e Vice-Prefeito, adotar-se-á o princípio majoritário.

¹⁶⁰ Art. 84. A eleição para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, obedecerá ao princípio da representação proporcional na forma desta lei.

¹⁶¹ MAUS, Ingeborg. **O direito e a política** – Teoria da democracia. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 163.

¹⁶² MAGALHAES, José Luiz Quadros de. O Estado Plurinacional na América Latina como uma construção do poder popular. A transição para a democracia popular na América Latina. **Revista Justiça e Constitucionalismo em Tempos de Transição**, 2010.

¹⁶³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 125.

¹⁶⁴ MAGALHAES, José Luiz Quadros de. O Estado Plurinacional na América Latina como uma construção do poder popular. A transição para a democracia popular na América Latina. **Revista Justiça e Constitucionalismo em Tempos de Transição**, 2010.

assegurada a participação popular nos assuntos de natureza política, bem como a possibilidade de serem eleitos em eleições legítimas com o uso do voto igualitário e secreto e em condições gerais de igualdade¹⁶⁵.

Por fim, o princípio da liberdade remete à ideia de que a democracia consiste no sistema político destinado aos homens livres.¹⁶⁶ Frisa-se que a liberdade não pode ser vista apenas com a faculdade de reger o seu próprio destino, mas a liberdade pública que viabiliza a participação democrática, ou seja, é a liberdade que assegura a capacidade da coletividade de tomar decisões políticas e controlar seus efeitos¹⁶⁷.

Assim, por meio do processo democrático, o povo delega a alguém ou a um grupo político a função de conduzir os rumos do Estado e de sua estrutura administrativa. Cabe a esse governando, legitimamente eleito, o exercício do Poder Hierárquico. A hierarquia consiste na prerrogativa de escalonar, em um plano vertical, os órgãos e agentes visando à otimização da organização da função administrativa¹⁶⁸.

Para o bom funcionamento da organização da administração pública, é essencial a delegação de competência ou delegação de poderes decorrentes da necessidade do Poder Executivo de distribuir as funções entre os órgãos. Tal necessidade decorre da vastidão de tarefas atribuídas pela lei ao Estado e da impossibilidade de apenas uma pessoa ou órgão se especializar na execução dessa tarefa¹⁶⁹. A delegação de competência faz parte da atividade administrativa e consiste em um instrumento de descentralização administrativa¹⁷⁰.

¹⁶⁵ GOMES, José Jairo. Invalidez no direito eleitoral: nulidade e anulabilidade de votos. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral** – RBDE. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jul/dez. 2009.

¹⁶⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Esfera Pública e democracia participativa. A contribuição de Hannah Arendt e Robert Dahl para a consolidação do direito de participação no Brasil. **Revista Interesse Público** – IP. Belo Horizonte, ano 11, n. 55, maio/jun. 2009.

¹⁶⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 69.

¹⁶⁹ CONSULTORIA FÓRUM. Delegação de competência. **Fórum de Contratação e Gestão Pública** - FCGP, Belo Horizonte, ano 3, n. 27, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=8870>>. Acesso em: 18 maio 2016.

¹⁷⁰ **Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. [...]

Art. 11. A delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender.

A organização administrativa compreende a criação de centros especializados de competência responsáveis pelo planejamento, organização, normatização e execução de determinadas atribuições públicas a partir da observância da hierarquia administrativa, que é a relação de subordinação entre órgãos públicos e seus titulares¹⁷¹.

Para se entender o real alcance de delegação de competência no âmbito da administração, faz-se necessário definir a figura da competência no âmbito do direito administrativo, que, por vez, difere do direito processual. No direito administrativo, competência consiste em um requisito dos atos administrativos, cujo conteúdo está ligado ao agente público que possui atribuição legal para a feitura do ato¹⁷².

É muito comum, nos primeiros momentos de uma gestão, o governante, regularmente eleito e titular da delegação popular, editar uma norma dispondo sobre a organização dos órgãos superiores e dividindo suas atribuições entre os titulares destes, levando em consideração as características que deseja imprimir a sua gestão. No âmbito federal, a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, definindo as competências de cada um¹⁷³.

No que pese a previsão constitucional expressa da existência de alguns ministérios, razão pela qual a sua manutenção dentro da estrutura administrativa passa a ser obrigatória, o gestor máximo da administração tem liberdade na estruturação da administração considerando apenas critérios de conveniência e oportunidade. Entretanto o gestor, ao organizar a estrutura administrativa, deve-se pautar pelos princípios da eficiência, proporcionalidade e economicidade. Esses

Art. 12. É facultado ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e, em geral, às autoridades da Administração Federal delegar competência para a prática de atos administrativos, conforme se dispuser em regulamento.

Parágrafo único. O ato de delegação indicará com precisão a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto de delegação.

¹⁷¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105.

¹⁷² ANDRETTA JÚNIOR, Homero. Delegação de competência na administração pública. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP**. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, set/dez 2014.

¹⁷³ [...]

Art. 47. O Poder Executivo disporá, em decreto, na estrutura regimental dos Ministérios, dos órgãos essenciais, dos órgãos de assessoramento direto e imediato ao Presidente da República, da Secretaria Especial do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social da Presidência da República, da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República, da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República e da Controladoria-Geral da União, sobre as competências e atribuições, denominação das unidades e especificação dos cargos.

princípios impõem ao agente público um modo de atuar produzindo resultados favoráveis ao interesse público¹⁷⁴.

O princípio da eficiência possui dois aspectos: um alusivo ao modo de atuação do agente público e outro referente ao modo de organização e estruturação da administração pública¹⁷⁵. Destarte, não pode o gestor, ao estruturar a administração pública, criar órgãos apenas com a finalidade de utilizá-lo para acomodar alguém ou um grupo político. Infelizmente, essa prática odiosa tem sido rotineiramente utilizada de forma impune na administração pública.

Atualmente o Decreto-Lei n. 200/1967 estabelece a divisão rotineiramente utilizada em administração direta e indireta, sendo a primeira alusiva apenas a própria personalidade jurídica dos entes federativos – União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal –; já a segunda trata das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedade de economia mista. Na verdade, o modelo sistematizado pelo referido Decreto-lei está em constante modificação decorrente da evolução da necessidade administrativa a partir de uma análise de conveniência e oportunidade¹⁷⁶.

Hierarquia é a capacidade de comandar outros agentes, sendo cabível apenas no âmbito administrativo, ainda que não seja apenas no âmbito do Poder Executivo, assim, não existe hierarquia no exercício da função jurisdicional ou legislativa¹⁷⁷. O poder hierárquico, além de permitir a delegação de competência entre órgãos subalternos, possibilita que o gestor avoque atribuições.

A avocação se assemelha à delegação por ser uma forma de transferência de competência, entretanto a avocação se processa no sentido baixo-cima, ou seja, a atividade administrativa que, a princípio, seria exercida por um órgão de hierarquia inferior, passa a ser exercida por outro de hierarquia superior¹⁷⁸.

¹⁷⁴ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 89.

¹⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁷⁶ PORTELA, André. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 19.

¹⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁷⁸ MARRARA, Thiago. Competência, delegação e avocação na lei de processo administrativo (LPA). **Revista Brasileira de Direito Público** – RBDP. Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./jun. 2010.

Para se assegurar a observância de princípios como a motivação e a proporcionalidade, deve o gestor apresentar suas razões para realizar a avocação, bem como deve ser utilizado pelo modo excepcional para garantir a efetividade de direitos fundamentais.

Em suma, o poder hierárquico permite que o gestor, no exercício de sua atividade decisória, estruture, escalone e organize a administração pública visando sempre a melhor forma de prestar serviços públicos.

Do exercício da hierarquia surgem fenômenos de direito público rotineiramente estudados e analisados como a desconcentração e descentralização administrativas. Também surge da hierarquia a possibilidade de o superior controlar a atividade de seus subalternos e, em sendo o caso, aplicar sanção de natureza disciplinar.

2.3 O estado democrático de direito como limitador da atividade correicional

É imperioso reconhecer que a atividade disciplinar existente entre a administração, por meio de seus órgãos, e o servidor público se respalda no poder de império do Estado materializado na figura da supremacia do interesse público. No passado, quando a pessoa do governante se confundia com a figura do Estado, o exercício do poder estatal não possuía nenhum fator limitador, ressaltando a vontade do monarca. A vontade do rei era a própria vontade do Estado, não estando limitada ou condicionada aos ditames do ordenamento jurídico.

No princípio, prevalecia a força e a barbárie, cada um por si; depois, iniciaram-se os primeiros agrupamentos humanos, família, tribos. Surgem aqui as primeiras leis de cunho moral, sendo sucedidas pelas de natureza jurídica, com a finalidade de reprimirem os instintos e disciplinarem as relações interpessoais¹⁷⁹.

Começaram a surgir as primeiras civilizações: Egito, Babilônia, Pérsia etc. Assim, apesar de o direito ainda ter cunho religioso, naquele momento, iniciou a

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25.

ciência do direito, entretanto somente com a contribuição realizada pelos romanos com a introdução de valores racionalistas é que o direito passou a ter as características tal qual se estuda atualmente¹⁸⁰.

Dentro desse cenário e após o advento das Revoluções Burguesas do século XVIII, surge a figura do estado de direito, que somente veio a ocorrer ao longo do século XIX, com a adoção ampla do modelo criado durante a Revolução Francesa, caracterizado pela separação e independência dos poderes, submissão do Estado à lei e proteção dos direitos individuais¹⁸¹.

O Estado de Direito surge por meio das conquistas obtidas pelos movimentos revolucionários do final do século XVIII como uma reação ao Estado Absoluto. Esses movimentos tinham como principal motivação a limitação da atuação do Estado por meio de sua submissão às leis, além de assegurar a manutenção da ordem pública, a liberdade e a propriedade privada¹⁸².

O Estado de Direito consiste em uma figura tipicamente liberal, que servia como base para os direitos do homem, caracterizado pela submissão do Estado à lei, divisão de poderes e enumeração de garantias e direitos fundamentais. Frisa-se que no estado liberal a figura do súdito submisso ao poder do monarca deixou de existir, passando a ser considerado cidadão livre, contudo apenas o liberalismo se torna insuficiente para resguardar o indivíduo¹⁸³.

A percepção inicial consiste na submissão do Estado ao império do direito, devendo suas atitudes serem pautadas com base nas normas jurídicas ditadas pelos legítimos representantes do povo¹⁸⁴. Decorrem do Estado de Direito a legalidade, a separação dos poderes do Estado e os direitos fundamentais.

A Magna Carta assinada por João Sem Terra, em 15 de julho de 1215, utiliza a lei como instrumento limitador do poder do monarca, como, por exemplo, quando

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26.

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² MOTTA, Fabrício M. A origem e a significação do ato administrativo no Estado de Direito. **Revista Fórum Administrativo** – FA. Belo Horizonte, ano 2, n. 12, fev. 2002.

¹⁸³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 113.

¹⁸⁴ MOTTA, op. cit., 2002.

menção que nenhum homem livre será levado à prisão senão em harmonia com a lei do país¹⁸⁵.

A legalidade é um dos legados da Magna Carta para o Estado moderno. A legalidade consiste na visão de a mera noção de lei, geral e abstrata, se contrapor ao arbítrio do Estado, obrigando a ele ter uma conduta amoldada pela lei. Ressalta-se que lei guarda uma correspondência com a vontade popular, pois está legitimada pelo processo de elaboração ocorrido no âmbito de um órgão representativo¹⁸⁶.

A Constituição Federal consagra a legalidade como direito fundamental, dispondo que a lei implica instrumento balizador da conduta social¹⁸⁷. Entretanto a mesma Carta Constitucional excepciona a regra da legalidade quando permite que outros instrumentos normativos, sem a legitimação decorrente da manifestação popular indireta, imponham a realização de uma conduta ou a sua abstenção, como, por exemplo, a espécie normativa da medida provisória¹⁸⁸.

Outro aspecto decorrente do Estado de Direito refere-se à separação dos poderes estruturais do Estado. No processo de organização e evolução da sociedade, em um primeiro momento, o poder do Estado se encontrava nas mãos de uma única pessoa. O chefe era responsável por manter a ordem interna do grupo, bem como o defendia de riscos externos. Nos Estados primitivos, a manutenção do poder nas mãos de uma única pessoa não foi algo que perdurava por um longo período, pois, devido à grande expansão dos territórios, o governante teve de delegar algumas tarefas a outras pessoas. Ressalta-se que, apesar da descentralização de poder, permanecia a hierarquia entre o chefe e a pessoa ou órgão que recebia a delegação¹⁸⁹.

¹⁸⁵

Magna

Carta.

Disponível

em:

<http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/the_magna_carta_port.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016.

¹⁸⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 516-517.

¹⁸⁷ Constituição Federal. Art. 5º [...]II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...] Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

¹⁸⁸ Constituição Federal. Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

¹⁸⁹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 200.

O poder político é a representação máxima da vontade popular, capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de um bem comum. Esse poder político, apesar de uno, indivisível e indelegável, se desdobra e é composto de três funções: executiva, legislativa e judiciária, sendo cada exercida por um órgão governamental¹⁹⁰.

A divisão dos poderes decorre da teoria da especialização, sendo uma consequência natural do desenvolvimento social e do aumento da complexidade das atividades do poder público¹⁹¹.

Por fim, também como consequência do Estado de Direito, há a manutenção de um rol de direitos fundamentais, que tem como finalidade, em síntese, proteger a figura do indivíduo do arbítrio do Estado. Os direitos fundamentais são atribuições subjetivas e objetivas, definidas pelo direito, buscando salvaguardar a liberdade, a dignidade e a liberdade da pessoa humana¹⁹².

O surgimento dos direitos fundamentais tem como finalidade inicial assegurar a liberdade das pessoas, exigindo do Estado uma ação negativa, além de, em alguns casos, impor a ele o dever de proteção das liberdades individuais¹⁹³. Assim, desde o surgimento do estado democrático de direito como um fenômeno liberal até sua atual colocação no âmbito dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, sempre se buscou limitar o poder Estatal em sua atividade de gerir a coisa pública.

O Estado moderno surge como instrumento de concretização dos interesses do grupo social e não apenas para satisfazer a vontade do governante ou de um grupo político. Vários princípios aplicáveis no âmbito do processo administrativo decorrem do Estado de Direito, como ocorre em todo o direito público, devido ao fato de sua matriz ser a busca de garantias dos indivíduos contra o arbítrio do Estado¹⁹⁴.

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 107-108.

¹⁹¹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 203.

¹⁹² SILVA, op. cit., p. 179.

¹⁹³ MARCHINHACKI, Romualdo Paulo. Direitos fundamentais: aspectos gerais e históricos. **Revista da Unifebe**, Brusque. Ano 11. Dez. 2012.

¹⁹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Filipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127.

Dentre as atividades estatais, destaca-se a atividade correcional, fruto do poder disciplinar, que também deve ser conduzido e pautado pelas regras impostas pelo direito público, devendo ser asseguradas todas as garantias e os direitos decorrentes do Estado de Direito.

2.3.1 O devido processo legal no âmbito da administração pública

O devido processo legal consiste em um pressuposto para que o Estado não viole os direitos da liberdade e do patrimônio do indivíduo, garantia decorrente do Estado Democrático de Direito. O devido processo implica uma garantia colocada à disposição do indivíduo e do Poder Judiciário com a finalidade de se permitir uma decisão justa, razão pela qual foi elevada à categoria de direito constitucional¹⁹⁵.

Em uma visão preliminar, a aludida garantia constitucional consiste no uso de procedimentos traçados pela lei para assegurar a observância do contraditório, o juiz natural e imparcial e o julgamento conforme as leis preexistentes. Assim, essa garantia constitucional visa a assegurar um resultado legal e justo¹⁹⁶.

O devido processo legal impõe uma limitação processual do arbítrio do Estado e deve ser observado obrigatoriamente tanto na esfera judicial quanto no âmbito administrativo, sobretudo no tocante aos procedimentos sancionatórios e disciplinares, culminando na nulidade do procedimento. O devido processo legal obriga a realização de condutas formais para a garantia do acusado contra o arbítrio da administração, assegurando-lhe a observância do rito processual legalmente estabelecido¹⁹⁷.

A teoria do devido processo legal, segundo a jurisprudência americana, comporta duas facetas: *substantive due process* e *procedural due process*. Na primeira perspectiva, refere-se à aplicação do devido processo legal no âmbito do

¹⁹⁵ GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro; GONÇALVES, Willian Couto. O devido processo legal e o processo justo. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n10/6.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

¹⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A grande função do processo no Estado democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPRO. Belo Horizonte, ano 15, n. 59, jul/set. 2007.

¹⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 670.

direito material; já na segunda vertente, refere-se a uma garantia na órbita processual¹⁹⁸.

Decorrentes do devido processo legal existem outras garantias previstas constitucionalmente: contraditório, ampla defesa, publicidade, razoabilidade, juiz natural, imparcialidade. A Constituição Federal de 1988 assegura aos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, a observância do contraditório e da ampla defesa¹⁹⁹.

O princípio do contraditório decorre da bilateralidade do processo, pois quando uma parte alega algo, a parte contrária deve ser ouvida, dando-lhe oportunidade para que ela se manifeste. A existência do contraditório pressupõe que o réu tomou conhecimento dos atos processuais, e o seu direito de resposta exige a existência de notificação, exame das provas existentes no processo, direito de requerer a oitiva de testemunhas, além da apresentação de defesa escrita. Percebe-se que, a partir da concretização do contraditório, fato que ocorre com notificação formal do litigante, abrem-se as portas para a efetivação das demais garantias decorrentes do devido processo legal²⁰⁰.

O Superior Tribunal de Justiça²⁰¹ tem entendido que é suficiente para configurar o contraditório a ciência formal do litigante apenas dos fatos imputados a

¹⁹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Filipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 229.

¹⁹⁹ Constituição Federal. Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²⁰⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivum, 2010.

²⁰¹ Processo: RMS 34473 MS 2011/0123683-0

Relator (a): Ministro HUMBERTO MARTINS

Julgamento: 04/04/2013

Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA

Publicação: DJe 15/04/2013

EMENTA - ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DENÚNCIA. ESCOLA ESTADUAL. ALEGADOS VÍCIOS FORMAIS INSUBSISTENTES. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança em pleito de anulação de processo administrativo disciplinar; os autos descrevem que contra o servidor foi ajuizada ação civil e houve denuncia criminal em razão da malversação de recursos de escola pública estadual.

2. São alegadas violações formais aos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório; o exame detalhado das alegações e do processo disciplinar evidencia o seu correto transcurso do ponto de vista da juridicidade.

ele, sendo desnecessária a indicação dos dispositivos legais em que a conduta está tipificada.

Apesar de serem muito próximos, os princípios do contraditório e da ampla defesa são institutos que não se confundem, entretanto somente será viável a realização da ampla defesa depois de concretizado o contraditório. Esses princípios se encontram ligados intimamente, pois o contraditório possibilita a realização da defesa, e essa, quando exercida de forma robusta, garante o contraditório²⁰².

Os aludidos princípios constitucionais identificam a dialética processual, assegurando a pessoa as seguintes prerrogativas: o direito de ser informado a respeito dos acontecimentos processuais que eventualmente lhe interessar; o direito de ser ouvido e de produzir as provas que entender necessárias para sua tese de defesa de modo a influir na decisão a ser tomada; o direito de apresentar sua argumentação defensiva e que essa tese seja levada a sério no momento da análise pelo julgador; o direito de pleitear a modificação da decisão se valendo de um recurso dirigido à autoridade hierarquicamente superior àquela que proferiu a decisão²⁰³.

3. O servidor foi notificado das denúncias desde o primeiro momento, bem como seu termo de indiciamento permite inferir a ciência inequívoca dos fatos que lhe estavam sendo imputados; não é necessário o detalhamento normativo e sim a cognição fática da acusação. Precedente: MS 16.815/DF, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 18.4.2012.

4. O exame dos autos demonstra que o servidor teve oportunidade de apreciar todo o processo, por bastante tempo, antes de ofertar suas alegações finais; portanto, é descabida a alegação de que tenha havido a juntada de documento sem possibilidade de contraditório.

5. O advogado do servidor foi notificado a apresentar alegações finais, bem como retirou o processo para prepará-la. Decorridos meses, os autos não haviam retornado e a Administração nomeou dativa para ofertar as necessárias alegações, ao que o advogado particular do servidor retornou e juntou-as; evidente que foi permitida e estimulada a ampla defesa.

6. É pacificado na jurisprudência do STJ que as esferas criminal e administrativa são independentes, salvo em situações excepcionais, tal como o advento de sentença criminal absolutória por negativa de autoria ou de fato delituoso, é que se pode visualizar a desconstituição de punição administrativa, quando não haja delito residual que ainda permita a sanção. Precedente: MS 17.873/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 2.10.2012. Recurso ordinário improvido.

²⁰² FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício M. Autotutela administrativa e princípios do contraditório. **Fórum Municipal e Gestão das Cidades** – FMGC. Belo Horizonte, Ano 2, n. 3, jan/fev. 2014.

²⁰³ Ibidem.

2.3.2 O processo administrativo disciplinar como instrumento garantidor de direitos ou exercício arbitrário do poder do Estado?

O processo administrativo disciplinar é a espécie do gênero procedimento administrativo disciplinar que tem por finalidade a apuração da responsabilidade administrativa do servidor público ou dos demais agentes públicos sujeitos ao seu rito²⁰⁴.

O exercício de uma função pública em decorrência de posse em um cargo público impõe ao titular suportar as responsabilidades decorrentes de seus atos: administrativa, penal e civilmente²⁰⁵.

Apesar das diferentes responsabilidades decorrerem do mesmo fato praticado por um servidor, as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si, surgindo aqui a figura de independência de instância, que, além da previsão nos Estatutos Funcionais das unidades da federação,

²⁰⁴ Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

²⁰⁵ Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. [...]

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposos, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública.

também encontra guarida no Código Civil²⁰⁶ e na Lei de Improbidade Administrativa²⁰⁷.

Assim, um servidor que, no exercício de suas funções, agride fisicamente um usuário da administração, responderá criminalmente pelo ilícito criminal de lesões corporais dolosas, ficando sujeito às sanções previstas em lei para essa conduta, bem como será condenado a pagar uma indenização pecuniária em caso de configuração de dano material ou moral que sua ação intencional imprimiu à vítima do fato, além de estar sujeito a uma pena disciplinar imposta pela administração, trazendo consequências para a sua vida funcional. Inclusive, não se faz necessária a existência da instauração de ação penal ou condenação do servidor na esfera criminal para dar ensejo à condenação administrativa²⁰⁸.

²⁰⁶ Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. [...]

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

²⁰⁷ Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

²⁰⁸ EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. DEMISSÃO DE AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. ALEGAÇÃO EQUIVOCADA DE QUE A DEMISSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEVERIA AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO CRIME.

A ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório aplicado com base em processo administrativo em que foi assegurada ampla defesa, dado que aplicação da pena disciplinar ou administrativa independe de conclusão da ação penal, eventualmente instaurada em razão dos mesmos fatos. Precedentes. Mandado de segurança indeferido" (MS 23.008-8/RJ, Rel. Min. Maurício Correa, DJ 24.09.99).

Entretanto, mesmo sendo as penas independentes entre si, os estatutos funcionais admitem, excepcionalmente, que, em caso de absolvição criminal decorrente da negativa de autoria ou da materialidade do fato, necessariamente, essa decisão afastará a responsabilização administrativa. Quando verificadas situações complexas tendo o ato ilícito imputado ao agente público reflexos na esfera penal, civil e administrativa, regra geral, prevalece a independência das instâncias. Entretanto, em algumas situações, poderá haver a repercussão da decisão proferida pelo juízo criminal no âmbito cível e administrativo, denominada de comunicabilidade de instâncias²⁰⁹.

As responsabilizações civil e criminal ocorrem por via de procedimento inerente à atividade do Poder Judiciário, mas tal fato não ocorre com a responsabilização administrativa. Nesta, as responsabilizações ficam a cargo da própria administração, por meio de órgãos especializados denominados de corregedoria. E, apesar de ocorrer no âmbito da administração pública, na responsabilização funcional do agente público, devem-se assegurar todas as garantias decorrentes do estado democrático de direito.

Da conduta servidor público no exercício do cargo público, ou em razão do exercício de suas funções implicará o exercício do poder disciplinar do estado, que é uma espécie do poder sancionador. A responsabilização administrativa do servidor envolve meios internos, que se caracterizam por se exaurirem no âmbito da própria administração²¹⁰.

O direito disciplinar é um conjunto de normas de caráter público, cogentes e menos abrangente do que o direito administrativo sancionador. Busca-se tratar da disciplina dos servidores públicos de modo geral, levando em consideração a maneira que estes devem se comportar diante de seus superiores hierárquicos, dos usuários da administração, do ente estatal e da sociedade civil. A disciplina impõe ao titular de cargo o dever de obedecer ao princípio da legalidade, devendo seu

²⁰⁹ MIRANDA, Henrique Saviniti. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 163.

²¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

superior persuadi-lo para isso, sob pena do exercício das prerrogativas institucionais da administração²¹¹.

O exercício da prerrogativa disciplinar do Estado necessita da observância das normas constitucionais, em especial quanto à efetividade das garantias constitucionais, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade, o duplo grau de jurisdição e outros.

Salienta-se que do devido processo legal decorre a premissa constitucional da ampla defesa, possibilitando ao acusado a utilização de todos os meios processuais lícitos que entender cabíveis para promover sua defesa.

A Constituição Federal busca preservar a liberdade das pessoas e de seus bens, os colocando sob a tutela do Poder Judiciário, vez que os seus titulares não podem ser privados por atos não jurisdicionais do Estado. Ademais, o Poder Judiciário, ao exercer o seu papel, deve respeitar determinadas limitações e preservar algumas garantias decorrentes do estado de direito.

O cargo público consiste na menor unidade funcional da administração pública, sendo, em linhas gerais, um conjunto de atribuições criadas por lei e sujeito à responsabilização. Nos termos do art. 3º da Lei n. 8.112/1990, cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional, cometidas a um servidor, sendo acessíveis a todos os brasileiros e criadas por lei.

O provimento dos cargos públicos pode ocorrer de modo efetivo ou em comissão, sendo aquele decorrente de aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, e este de livre nomeação e exoneração. Tão logo alguém seja nomeado e tome posse, não necessitando inclusive de entrar em exercício, o titular do cargo está sujeito à responsabilização penal, civil e administrativa.

O princípio do devido processo legal surgiu com a Magna Carta de 1215, com caráter protetivo inerente ao direito penal. Com o passar do tempo, esse princípio foi ganhando espaço e ampliando seu alcance, até chegar à situação hodierna, em que não se limita apenas ao direito processual, tendo adquirido também um sentido

²¹¹ LIMA, Fábio Lucas de Albuquerque. **Elementos de direito administrativo disciplinar** – conforme a Lei Federal n. 8.112, de 11 de setembro de 1990, com as alterações da lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

substancial²¹². O devido processo legal é uma garantia que limita o excesso no exercício do poder e tem o papel, no ordenamento constitucional pátrio, de catalisador de força sobre todo o ordenamento jurídico.

Como reflexo da atuação do devido processo legal como cláusula de proteção contra a tirania no processo, a Constituição Federal assegura aos litigantes em processos judiciais ou administrativos a observância do contraditório e da ampla defesa. O contraditório possui uma índole de estruturação democrática do processo, podendo ser caracterizado pela necessidade de participação do réu nos atos processuais, bem como na possibilidade de influenciar o julgador no momento da decisão²¹³.

O contraditório e a ampla defesa são garantias constitucionais ligadas por uma forte conexão, tanto que estão no mesmo dispositivo constitucional, podendo esta ser vista como a ferramenta que qualifica o contraditório. Sem ampla defesa não existe contraditório²¹⁴. Entre as aplicações processuais do direito à ampla defesa está a garantia aos litigantes de um acompanhamento obrigatório por advogado, responsável pela realização de sua defesa técnica, e àquele que não possui condições econômicas para arcar com os honorários deve o Estado designar um defensor público ou advogado para promover a defesa do litigante.

As defensorias públicas, estruturadas em todos os estados da federação, têm a missão constitucional à prestação da assistência jurídica àqueles que não possuam condições de arcar financeiramente com a manutenção de advogado.

Porém, caminhando de encontro à premissa que assegura o exercício das garantias constitucionais ao litigante em âmbito administrativo, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 5, dispondo que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Na visão da Suprema Corte, o direito de defesa tem vários aspectos que devem ser considerados no processo, não se exaurindo apenas na presença de uma defesa técnica promovida por um advogado. O direito à ampla defesa também corresponde ao direito de informação – dever do órgão julgador de noticiar a parte

²¹² Ibidem, p. 53.

²¹³ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivum, 2010.

²¹⁴ Ibidem, p. 55-56.

contrária a respeito dos atos praticados –; direito de manifestação – é a possibilidade do litigante, após tomar ciência a respeito dos atos processuais, de apresentar suas manifestações –; direito de influenciar o julgador com os argumentos apresentados durante suas manifestações. Dessa forma, se forem assegurados esses direitos defensivos, a mera presença de um advogado representando o servidor no processo administrativo passa a ser facultativa²¹⁵.

No que pese a edição da referida Súmula Vinculante, a Lei n. 8.112/1990, em seu art. 164, §2º, já previa, para os casos do servidor indiciado revel, a designação de um defensor dativo titular de cargo efetivo de nível superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado, responsável pela apresentação da tese de defesa do servidor indiciado ou sindicado²¹⁶.

²¹⁵ A Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (...) Assinale-se, por outro lado, que há muito a doutrina constitucional vem enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar - como bem anota Pontes de Miranda - é uma pretensão à tutela jurídica (...). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: a) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; b) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; c) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (...). No caso dos autos, entretanto, tenho que as alegações da impetrante estão devidamente refutadas pela Advocacia-Geral da União (...). Por fim, não merece guarida a alegação da impetrante de que, pelo fato de não estar acompanhada de advogado, seria o processo administrativo nulo, em violação às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV). Isso porque esta Corte, com base em reiterados julgados, determinou que a designação de causídico em processo administrativo é mera faculdade da parte, entendimento esse que se sedimentou na Súmula Vinculante 5 (...)." (MS 22693, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 17.11.2010, DJe de 13.12.2010).

²¹⁶ Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Alegação de cerceamento de defesa. Inocorrência. Revelia. Nomeação de defensor dativo. Processo administrativo disciplinar formalmente regular. Aplicação da sanção demissória à servidora pública com mais de 30 anos de serviço, sob o fundamento de abandono de cargo. Art. 132, II da Lei 8.112/90. Inobservância da regra de ouro da proporcionalidade. Antecedentes funcionais favoráveis. Art. 128 da Lei 8.112/90. Ordem concedida em conformidade com o parecer ministerial.

1. Com a edição da Súmula Vinculante 5, do colendo STF, não há mais que se falar em indispensabilidade, no Procedimento Administrativo Disciplinar, de que a defesa do indiciado seja necessariamente realizada por Advogado, ou que, na ausência deste, a Administração esteja obrigada a nomear-lhe Defensor Dativo.

2. Embora não seja indispensável a atuação de Advogado no PAD, uma vez que a própria lei prevê a manifestação pessoal do Servidor, à toda evidência, não se exclui a necessidade de efetiva defesa, como decorrência, inclusive, do princípio do devido processo legal; a ausência de Defensor constituído no decorrer da instrução do Processo Administrativo Disciplinar não importa, necessariamente, em sua nulidade, desde que tenha sido oportunizada e efetivamente exercida a defesa do indiciado, ainda que pessoalmente.

Ressalta-se que a lei exigiu apenas que o defensor dativo tenha o nível de escolaridade do servidor processado ou superior, não exigindo, em momento algum, a qualificação técnica.

Ainda que haja mitigação do direito de defesa técnica no âmbito administrativo, durante o processo, devem-se observar as premissas que protegem o cidadão do poder do Estado.

Como já dito alhures, o princípio do devido processo legal não se exaure apenas no contraditório e na ampla defesa, com o fito de dar uma conotação democrática ao processo administrativo, outras garantias também são asseguradas. A publicidade impõe a proibição à administração pública de ocultar o conteúdo do processo administrativo do próprio litigante, devendo este ser cientificado da instauração, dos atos processuais e do julgamento²¹⁷.

3. In casu, porém, a Impetrante foi citada por edital para acompanhar o procedimento, tendo sua procuradora, não Advogada, comparecido espontaneamente à Comissão, oportunidade em que foi inquirida sobre os fatos alegados sem, contudo, apresentar justificativa para as faltas. Em face de revelia da Servidora, foi regularmente designado Defensor Dativo para exercer sua defesa, tendo este oportunamente apresentado defesa escrita.

4. O procedimento sumário, previsto pelo art. 133 da Lei n. 8.112/90 para a apuração de abandono de cargo, prevê que a Comissão Processante será composta por 2 Servidores estáveis, afastando, assim, a aplicação do art. 149 da Lei n. 8.112/90 (que impõe que a Comissão Processante será composta por 3 Servidores estáveis).

5. Embora as sanções administrativas disciplinares aplicáveis ao Servidor Público sejam legalmente fixadas em razão da própria infração - e não entre um mínimo e máximo de pena, como ocorre na seara criminal - não está a Administração isenta da demonstração da proporcionalidade da medida (adequação entre a infração e a sanção), eis que deverá observar os parâmetros do art. 128 da Lei 8.112/90 (natureza e gravidade da infração, danos dela decorrentes e suportados pelo Serviço Público, circunstâncias agravantes e atenuantes e ainda os antecedentes funcionais).

6. Assim, incide em ilegalidade o ato demissório do Servidor Público que ostenta mais de 30 anos ininterruptos de serviço sem qualquer punição administrativa, dando-se à sua ausência ao trabalho por 42 dias (de 23.7.2007 a 3.9.2007) o valor de abandono de cargo, punível com a demissão (art. 132, II da Lei 8.112/90); as sanções disciplinares não se aplicam de forma discricionária ou automática, senão vinculadas às normas e sobretudo aos princípios que regem e norteiam a atividade punitiva no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar ou Sancionador.

7. No exercício da atividade punitiva a Administração pratica atos materialmente jurisdicionais, por isso que se submete à observância obrigatória de todas as garantias subjetivas consagradas no Processo Penal contemporâneo, onde não encontram abrigo as posturas autoritárias, arbitrárias ou desvinculadas dos valores da cultura.

8. Ordem concedida para reintegrar a Servidora no cargo de Agente Administrativo do Quadro de Pessoal do Ministério da Saúde/GO, com o ressarcimento de todos os seus direitos, inclusive vencimentos e cômputo do tempo de serviço, desde a data da edição do ato demissório (Portaria 776/GM, de 24.4.2008, publicada no DOU 79, de 25.4.2008), sem prejuízo da aplicação de outra sanção administrativa, observado o devido processo legal. (STJ, Mandado de Segurança n. 13.791 - DF (2008/0192543-9), 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE n. 795, div. 19.04.2011, pub. 25.04.2011).

²¹⁷ CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância** – à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Outra garantia que busca assegurar um processo justo é o direito do julgador natural, sendo aquele que possui atribuição legal para julgar e que não possua qualquer interesse sobre a causa. Esse princípio pode ser estendido – por ser o processo administrativo de natureza inquisitiva, pois a própria administração exerce o papel de acusadora e de autoridade julgadora – para princípio do acusador natural, em que estão inseridas as comissões processantes²¹⁸.

Feitas essas considerações preliminares necessárias para contextualizar o procedimento disciplinar dentro da sistemática processual, se faz imprescindível pormenorizá-lo.

Dentro do ordenamento infraconstitucional, procedimento administrativo disciplinar refere-se à totalidade de meios processuais disponibilizados para se apurarem os fatos e penalizar o agente público. Apesar dessa noção não estar expressa na Lei n. 8.112/1990, podem-se identificar duas espécie de procedimento, quais sejam a sindicância e o processo administrativo disciplinar. Em sentido contrário, a Lei n. 1.818, de 23 de agosto de 2007, denominada de Estatuto Funcional dos Servidores Públicos Civil do Estado do Tocantins, prevê expressamente a divisão do procedimento administrativo disciplinar em processo administrativo e sindicância, sendo esta dividida, por sua vez, em decisória, investigativa e preparatória.

A Lei n. 6.677, de 26 de setembro de 1994, denominada de Estatuto Funcional dos Servidores Públicos Civil do Estado da Bahia, segue a mesma linha do estatuto federal, trazendo apenas a sindicância, destinada a “apurar a existência de fatos irregulares e determinar os responsáveis”, e o processo administrativo disciplinar, mais complexo, visando à responsabilização.

Já no âmbito da administração pública do Estado de Goiás, foi editada a Lei n. 10.460, de 22 de fevereiro de 1988, denominada de Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de Goiás e de suas Autarquias, que traz a previsão da existência da sindicância e do processo administrativo como meio processual disciplinar. Na administração pública goiana, a sindicância, medida preliminar, tem a

²¹⁸ CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância** – à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

finalidade de investigar irregularidades funcionais, devendo ser realizadas diligências no sentido de se obterem informações úteis para a elucidação dos fatos.

Pela leitura dos textos legais citados acima, a título de exemplo, percebe-se que, em comum a todos os casos citados, a sindicância consiste no procedimento sumário e inquisitorial utilizado para se apurarem os fatos, buscando elementos de autoria e materialidade da conduta.

A sindicância é meio formal, sumário, solene utilizado para elucidar as infrações funcionais imputadas aos servidores e tem por finalidade servir de peça preliminar para o processo administrativo disciplinar. Assim, a sindicância está para o processo administrativo da mesma forma que o inquérito policial está para a ação penal, apesar de a sindicância não ser peça fundamental para a instauração do processo administrativo disciplinar²¹⁹.

Apesar de a sindicância ser comparada ao inquérito policial devido a sua finalidade apuratória, não existe, na esfera administrativa, a figura do inquérito administrativo. Inquérito não tem significado jurídico-administrativo, referindo-se a uma expressão vinculada à Polícia Judiciária para identificação e abertura da perquirição policial de um crime²²⁰.

A abertura da sindicância não exige a existência de um servidor investigado, exige-se somente a indicação de um fato a ser apurado. Visto se tratar de uma fase investigativa, não se exige a ampla publicidade do feito, bem como é dispensável a defesa do sindicado por tratar de um mero investigado²²¹.

Apesar de o objetivo principal da sindicância ser a atividade investigativa, nada obsta que o procedimento culmine na aplicação de uma sanção ao servidor sindicado, entretanto devem-se assegurar todas as garantias constitucionais ao apenado²²².

²¹⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1117.

²²⁰ OLIVEIRA, Regis Fernando. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Servidores públicos civis**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 208.

²²¹ GASPARINI, op. cit., p.1117.

²²² 2992 - CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POLICIAL CIVIL FEDERAL. SINDICÂNCIA. SUSPENSÃO. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. LEGALIDADE DA PUNIÇÃO. 1. Pode a Administração instaurar Sindicância para aplicação de penas de suspensão inferiores a trinta dias, na qual estejam assegurados ao policial civil federal o contraditório e a ampla defesa, nos termos do artigo 52 da Lei n. 4.878/65, que deve ser interpretado em consonância com o

Tal fenômeno procedimental ocorre no âmbito da legislação do Estado do Tocantins, onde é possível aplicar, em sede de sindicância, as sanções de advertência e de suspensão de até 90 (noventa) dias. Nesse caso, a sindicância se revela como uma mitigação do processo administrativo disciplinar, pois aquela tem requisitos formais em menor quantidade, além de se propor ser mais célere. Entretanto, no que pese a simplificação do procedimento ao utilizar a sindicância para aplicar sanções disciplinares, a legislação tocantinense não traz o procedimento a ser utilizado nem os atos processuais necessários, criando, assim, uma situação de instabilidade legislativa, o que, em princípio, dificulta a efetivação da defesa do sindicado.

Como já dito, o procedimento administrativo disciplinar tem como uma de suas espécies a figura do processo administrativo disciplinar, cuja finalidade legal consiste, em suma, na responsabilização do servidor público que incorre em falta funcional. O processo administrativo disciplinar, em princípio, está regulamentado nos estatutos funcionais dos diversos entes federativos, não obstante a aplicação subsidiária de outras normas de natureza processual.

Salienta-se que, no âmbito da administração pública, existem outras modalidades de processo administrativo com finalidades distintas. Com base no objeto do processo, classifica-se em processo de outorga, de poder de polícia administrativa, de controle, de punição e de expediente²²³.

Na dicção do art. 148, da Lei n. 8.112/1990, “o processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”. Deve-se utilizar a nomenclatura “processo administrativo disciplinar” em detrimento do uso da expressão “inquérito administrativo”, pois o processo disciplinar nada tem de inquisitivo²²⁴.

contido nos artigos 143 e 146, da Lei n. 8.112/90. Precedentes deste TRF da 1ª Região e do STJ.2. Tendo sido dadas todas as oportunidades de defesa ao sindicado, conforme cópia do procedimento administrativo vindo aos autos, não há ilegalidade na punição de multa imposta, tendo sido comprovada a falta disciplinar no exercício de suas funções. 3. Apelação e remessa oficial providas (TRF - 1ª Região, Apelação Cível n. 1999.01.00.114587-8/PA, 2ª Turma Suplementar, Rel. Conv. Juiz Federal Miguel Ângelo Lopes, DJU 25.03.2004).

²²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 585.

²²⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1103.

Apesar de o objeto principal do processo administrativo disciplinar ser a apuração da responsabilidade do agente público, nem sempre sua conclusão irá implicar a aplicação de uma sanção administrativa. Nada obsta que, ao longo da instrução processual, os indícios de autoria e materialidade da falta funcional deixem de existir.

Tomando conhecimento da existência de uma irregularidade, a autoridade pública deverá promover a imediata apuração mediante um procedimento disciplinar (*caput*, art. 143 Lei nº 8112/90). O exercício do poder disciplinar não é um ato meramente discricionário do gestor público, é um dever²²⁵.

A devida apuração dos fatos, obrigatoriamente, deve ser promovida em nome do princípio da indisponibilidade do interesse público, pois a realização do processo tem como finalidade mediata a preservação do interesse público. Aquele agente público que tomou conhecimento de uma irregularidade deve promover a atividade correcional, sob pena de incorrer, ele próprio, em infração funcional.

²²⁵ 2834 - PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR - PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO - ASPECTOS FORMAIS DE INSTAURAÇÃO CUMPRIDOS - DECISÃO MANTIDA.

I - A agravante pretende, via antecipação de tutela, ser absolvida de ilícito administrativo, que se encontra tipificado nos autos, às fls. 144 e seguintes.

II - A Administração, por sua vez, nos termos do art. 143 da Lei nº 8.112/90, tem o poder-dever de apurar, de ofício, qualquer irregularidade que chegue ao seu conhecimento, mesmo que decorrente de notícias veiculadas pela mídia, desde que através de instrumento legal próprio, que se consubstancia no procedimento administrativo-disciplinar, no qual poderá a agravante usar das prerrogativas constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

III - Não há de prosperar a tese de que a mídia está tentando antecipar a condenação da agravante, eis que existem elementos concretos, colididos nos autos e juntados por ela própria, que fizeram com que a Administração procedesse à apuração dos fatos e que, caso não o fizesse, estaria ela - Administração - incorrendo em ilícito. Assim como no inquérito policial vige o princípio 'in dubio pro-sociedade', no processo administrativo vige o princípio 'in dubio, pro-administrador', competindo, como já dito, à Administração a apuração da conduta de seu agente.

IV - As consequências negativas advindas da instauração do processo administrativo-disciplinar são inerentes a este, não havendo como o Judiciário interferir, no momento, no sentido de suspender o referido ato, eis que cumpridos os aspectos formais de sua instauração, sob pena de malferir o princípio da separação e independência dos Três Poderes.

V - Sobre o tema, discorre Cretella Jr.: "Inteiramente livre para examinar a legalidade do ato administrativo, está proibido o Poder Judiciário de entrar na indagação do mérito, que fica totalmente fora de seu policiamento. Inscreve-se o mérito em terreno de competência exclusiva do Poder Executivo, pois traduz o entendimento de noção tradicional, resumida no clássico binômio oportunidade-conveniência, que traduz o juízo axiológico do administrador." (em Controle jurisdicional do ato administrativo, Forense, p. 336).

VI - Incumbe à agravante, em momento posterior, se restar ofendido algum princípio constitucional no decorrer do referido processo, exercer seu direito de ação, e não em sede de agravo de instrumento.

VII - Agravo improvido. (TRF - 2ª Região, Agravo de Instrumento n. 2003.02.01.014010-1, 4ª Turma, Rel. Des. Federal Benedito Gonçalves, DJ 17.02.2004).

A atividade correcional deverá ser promovida por autoridade ou entidade diversa onde tenha ocorrido a irregularidade, normalmente delegatória da competência específica para tal finalidade, repassada em caráter permanente ou temporário pelo chefe da administração pública, podendo ser preservadas as competências para o julgamento que se seguir à apuração (art. 143, Lei n. 8.112/1990).

Nos termos do art. 127 da Lei n. 8.112/1990, ao término do processo administrativo disciplinar, poderão ser aplicadas as penas de: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão; destituição de função comissionada.

Na órbita federal, não existe a previsão da pena pecuniária no âmbito do Estatuto Funcional, salvo em caso de conversão da pena de suspensão, entretanto nada obsta que a referida pena exista nas esferas estaduais, como é o caso do Estado de Goiás²²⁶.

²²⁶ GOIÁS, Lei n. 10.460, de 22 de fevereiro de 1988. [...] Art. 311 - São penas disciplinares: [...] III - multa; [...]

§ 1º Ao servidor será aplicada pena de multa, cumulativa ou isoladamente com as demais sanções previstas nesta Lei, nas seguintes hipóteses:

I - sobre o valor de renda, tributo, numerário, receita, haver, remuneração, subsídio, recurso ou verba pública:

a) de 0,2% (dois décimos por cento), por dia de atraso, pela ausência de recolhimento, entrega, repasse, devolução, prestação de contas ao Erário ou outra forma equivalente de regularização tempestiva, mesmo que o tenha feito posteriormente, limitada a multa a 20% (vinte por cento) desse valor;

b) de 1% (um por cento) a 10% (dez por cento), pelo que deixar injustificadamente de arrecadar, cobrar, lançar, exigir ou de adotar outras providências no resguardo do Erário;

II - de 1% (um por cento) a 10% (dez por cento) do valor do tributo ou de qualquer outra receita pública, pela sua exigência, quando a sabia, ou deveria saber, indevida ou, mesmo que devida, tenha empregado, na cobrança, meio vexatório ou gravoso não autorizado pela legislação;

III - no valor de R\$ 10,00 (dez reais) a R\$ 1.000,00 (um mil reais), por documento, livro, sistema, programa, arquivo ou quaisquer outros meios, instrumentos, coisas, bens ou objetos que estejam sob sua guarda ou responsabilidade, pelo desaparecimento, extravio ou perda, ou, ainda, pela inutilização, destruição ou danificação desses, a que tiver dado causa;

IV - de 0,1% (um décimo por cento) a 1% (um por cento), por dia de atraso injustificado, sobre a sua remuneração bruta ou subsídio, pelo descumprimento de prazos destinados ao desempenho de atividades ou tarefas determinadas pela autoridade competente ou assim previstas na legislação;

V - de 1% (um por cento) a 10% (dez por cento), do valor do dano causado ao Erário, pela prática de outras transgressões disciplinares não abrangidas pelos incisos I a IV, de que resulte esse dano.

§ 2º Com exceção das multas relativas a transgressões disciplinares de que resulte dano ao Erário, a aplicação das demais multas previstas neste artigo será limitada, por processo, ao valor equivalente a 50% (cinquenta por cento) da remuneração bruta ou subsídio mensal do servidor, considerando-se a média dos valores por ele percebidos nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao de sua aplicação.

§ 3º O valor da multa ou o de sua base de cálculo será objeto de atualização monetária, nos termos da legislação tributária estadual.

Na aplicação da pena administrativa, serão considerados: a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais (art. 128, Lei n. 8.112/1990).

A pena de advertência se revela a mais branda de todas as penas administrativas, podendo ser aplicada aos servidores públicos efetivos. Essa pena consiste na orientação, por escrito, de que a conduta praticada pelo agente público está em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Em princípio, a pena de advertência não possui consequências financeiras, salvo eventualmente, quando a aplicação da pena impossibilita ou dificulta alguma promoção ou progressão na carreira. A aplicação da pena de advertência, em razão do seu caráter residual, somente vai ocorrer se não for viável legalmente a aplicação de penalidade de superior gravame em decorrência da transgressão funcional²²⁷.

Ressalta-se que a aplicação da pena de advertência deve, obrigatoriamente, decorrer de um processo administrativo disciplinar ou, se for o caso, de uma sindicância, assegurados os direitos do contraditório e da ampla defesa.

Foi muito corriqueira na administração pública, em razão da presunção de veracidade e de legalidade dos atos, a aplicação de sanções disciplinares de forma sumária por meio do instituto da verdade sabida²²⁸ e do termo de declaração. Essas

§ 4º Se o infrator alegar impossibilidade financeira de recolher, integralmente, a multa que lhe tiver sido aplicada, o valor desta, com os acréscimos legais e observada, no que couber, a legislação tributária estadual sobre parcelamento de débitos, por decisão da autoridade julgadora, poderá ser pago em até 12 (doze) parcelas mensais e sucessivas.

§ 5º As multas de que trata este artigo, ressalvadas as previstas no seu § 1º, I, “a” serão reduzidas para o valor equivalente aos seguintes percentuais, se o seu pagamento for efetuado nos prazos abaixo:

I - 30% (trinta por cento), 40% (quarenta por cento) e 50% (cinquenta por cento), até 8 (oito), 20 (vinte) e 30 (trinta) dias contados da notificação, respectivamente;

II - 70% (setenta por cento), até a data de inscrição do débito em dívida ativa;

III - 75% (setenta e cinco por cento), antes do ajuizamento da ação de execução fiscal.

§ 6º Relativamente às multas previstas neste artigo, fica excluída a responsabilidade do servidor que, espontaneamente, denunciar a infração cometida, sujeitando-se, porém, às demais sanções e, quanto às infrações descritas no inciso I, “a”, do § 1º, aos juros e multas de mora exigidos pela legislação tributária estadual.

²²⁷ OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Aplicação de penalidade de suspensão em lugar de advertência. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 120, fev. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=71782>>. Acesso em: 20 maio 2016.

²²⁸ CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - EMBARGOS INFRINGENTES - ATO DISCIPLINAR PUNITIVO - AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL - SUSPENSÃO POR 10 (DEZ) DIAS - VERDADE SABIDA - NÃO CARACTERIZAÇÃO - PUNIÇÃO DE SUSPENSÃO INFERIOR A 30 (TRINTA) DIAS - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - IMPRESCINDIBILIDADE DA INSTAURAÇÃO, AINDA QUE

sanções não podem ser utilizadas no direito brasileiro devido ao fato de não serem assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes. Na primeira, há a possibilidade de a autoridade competente, que presenciou a infração, aplicar a pena imediatamente, devendo apenas consignar as circunstância como se deu o cometimento do ilícito. Já na segunda, o termo de declaração, há a confissão durante o interrogatório de um servidor²²⁹.

Ambos os institutos partem da premissa da celeridade provocada pela clareza dos fatos, pois seria inequívoca a materialidade e a autoria dos fatos. No que pese esse argumento, salienta-se que, dentro de uma sistemática constitucional, agravada pela fragilidade do agente público perante o critério subjetivo utilizado pela “autoridade competente”, esses institutos flagrantemente violam o disposto na constituição por não viabilizar o contraditório.

O Supremo Tribunal Federal, analisando a legislação dos Estados do Amazonas, ADI 2.120²³⁰, concluiu pela inconstitucionalidade do disposto, vez que

SIMPLIFICADA - OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA - ANULAÇÃO DA PENALIDADE. 1. A verdade sabida autorizava, na Constituição de 1967, a aplicação de penalidade através de procedimento simplificado, por implicar conhecimento pessoal da infração pela própria autoridade competente para punir o infrator. Ocorria, por exemplo, quando o subordinado desautoriza o superior no ato do recebimento de uma ordem, ou quando, em sua presença, cometia falta punível por ele próprio. Em tais casos, a autoridade competente, que houvesse presenciado a infração, aplica a pena pela verdade sabida, consignando no ato punitivo as circunstâncias em que foi cometida e presenciada a falta (Hely Lopes Meirelles) 2. Não restou caracterizada, na espécie, a verdade sabida, eis que o presente caso versa sobre a aplicação de penalidade, com base em ocorrência lavrada por agente de plantão que, em tese, restou verbalmente agredido pelo autor, também agente da polícia federal, em bar localizado próximo à Delegacia da Polícia Federal, e havendo presenciado sua conduta inadequada. Trata-se, portanto, de aplicação de penalidade com base em ocorrência lavrada pela própria vítima. 3. Ausência, na espécie, de instauração de procedimento administrativo ou da oportunização de defesa ao acusado, que apenas foi intimado da aplicação de penalidade de suspensão por 10 (dez) dias, sem que lhe fosse facultado, no mínimo, prestar esclarecimentos a respeito dos fatos. 4. A ampla defesa dos acusados em geral, incisivamente consagrada na atual Constituição Federal de 1988, inseria-se, de forma mais branda, no art. 150, § 15º da Constituição Federal de 1967/69, vigente à época dos fatos da espécie em presença, como garantia aos acusados. Restou positivada no artigo 217 da Lei n.º 1.711/52, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, e art. 52 da Lei 4.878/65. Precedentes do TFR (Segunda Turma, Ac 84303, DJ 15/12/1983, Relator Ministro William Patterson, EJ V-4758-127) 5. Embargos infringentes a que se nega provimento. (TRF-1 - EIREO: 27630 DF 96.01.27630-0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, Data de Julgamento: 10/10/2006, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: 20/10/2006 DJ p.1)

²²⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1120.

²³⁰ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.120 (633)

ORIGEM: ADI - 99433 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PROCED.: AMAZONAS

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

REQTE.(S): CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TRABALHADORES POLICIAIS CIVIS - COBRAPOL

ADV.(A/S): ARMANDO DE SOUZA NEGRÃO

não se assegura ao servidor o exercício das garantias constitucionais, e não se pode afastar o texto constitucional com base na tese de que os fatos apurados se tratam de ilícitos sem maior gravidade.

Não existe mais espaço no direito administrativo para a arbitrariedade, a prepotência e a injustiça das decisões proferidas por autoridade públicas. Não se admite mais que a autoridade hierarquicamente superior exerça o direito de punir a partir do conhecimento pessoal e direito dos fatos imputados ao servidor, é

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação. Votou o Presidente. Ausentes, porque em representação do Tribunal no exterior, os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Eros Grau e, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso (VicePresidente). Plenário, Plenário, 16.10.2008.

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TRABALHADORES POLICIAIS CIVIS (COBRAPOL) – ENTIDADE SINDICAL INVESTIDA DE LEGIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” PARA INSTAURAÇÃO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – CONFIGURAÇÃO – ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS QUE PREVÊEM PUNIÇÃO DISCIPLINAR ANTECIPADA DE SERVIDOR POLICIAL CIVIL – CRITÉRIO DA VERDADE SABIDA – ILEGITIMIDADE – NECESSIDADE DE RESPEITO À GARANTIA DO “DUE PROCESS OF LAW” NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁTER DISCIPLINAR – DIREITO DE DEFESA – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI AMAZONENSE N. 2.271/94 (ART. 43, §§ 2º a 6º) – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE .

– Nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo, sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender previamente. A preterição do direito de defesa torna írrito e nulo o ato punitivo. “Nemo inauditus damnari debet”. O direito constitucional à ampla (e prévia) defesa, sob o domínio da Constituição de 1988 (art. 5º, LV), tem como precípua destinatário o acusado, qualquer acusado, ainda que em sede meramente administrativa. O Supremo Tribunal Federal, ao proclamar a imprescindibilidade da observância desse postulado, essencial e inerente ao “due process of law”, tem advertido que o exercício do direito de defesa há de ser assegurado, previamente, em todos aqueles procedimentos – notadamente os de caráter administrativo-disciplinar – em que seja possível a imposição de medida de índole punitiva.

Mesmo a imposição de sanções disciplinares pelo denominado critério da verdade sabida, ainda que concernentes a ilícitos funcionais desvestidos de maior gravidade, não dispensa a prévia audiência do servidor público interessado, sob pena de vulneração da cláusula constitucional garantidora do direito de defesa.

A ordem normativa consubstanciada na Constituição brasileira é hostil a punições administrativas, imponíveis em caráter sumário ou não, que não tenham sido precedidas da possibilidade de o servidor público exercer, em plenitude, o direito de defesa.

A exigência de observância do devido processo legal destina-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, colocando-a sob a imediata proteção da Constituição e das leis da República. Doutrina. Precedentes.

– Revela-se incompatível com o sistema de garantias processuais instituído pela Constituição da República (CF, art. 5º, LV) o diploma normativo que, mediante inversão da fórmula ritual e com apoio no critério da verdade sabida, culmina por autorizar, fora do contexto das medidas meramente cautelares, a própria punição antecipada do servidor público, ainda que a este venha a ser assegurado, em momento ulterior, o exercício do direito de defesa. Doutrina. Precedentes .

necessário que se configure a existência de um comportamento contrário ao direito utilizando-se de uma forma democrática e justa²³¹.

A suspensão implica vedação do servidor de praticar sua atribuição pelo prazo de até 90 dias com prejuízo de sua remuneração, vencimento ou subsídio, devendo ficar consignado nos assentamentos funcionais o início, a suspensão e o término da pena aplicada. Na dicção da lei, a aplicação da pena de suspensão ocorrerá nos casos de reincidência das faltas sujeitas à pena de advertência, ou ainda, nos casos de violação das proibições previstas no art. 117 que não ensejem a aplicação da pena de demissão.

Percebe-se que a suspensão se apresenta como uma pena de gravidade mediana, pois não implica o rompimento do vínculo funcional e não implica mera anotação nos registros funcionais.

A aplicação da pena suspensão segue critérios legais, ainda que a previsão legal não seja estanque, entretanto isso não afasta a análise de conveniência da administração na aplicação da pena, bem como na definição do período de suspensão, pois a autoridade julgadora deve levar em consideração as circunstâncias objetivas – natureza da infração e dano causado – e as subjetivas do infrator – atenuantes e antecedentes funcionais²³².

Quanto à pena de demissão, aplicável exclusivamente aos servidores efetivos e estabilizados, será aplicada nas faltas funcionais indicadas pelo legislador como sendo grave. Salienta-se que a lei relacionou os atos infracionais ensejadores da pena de demissão.

A demissão consiste no rompimento definitivo com o vínculo funcional existente entre o servidor e a administração, podendo ser aplicada somente aos servidores públicos titulares de cargos efetivos, ainda que não estabilizados, ou ainda aos estabilizados e não estabilizados, desde que estejam sujeitos ao regime estatutário.

²³¹ LIMA, Fábio Lucas de Albuquerque. **Elementos de direito administrativo disciplinar** – conforme a Lei Federal n. 8.112, de 11 de setembro de 1990, com as alterações da lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **MS 13.099/DF**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 22/03/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HC+83479+DF>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

De modo acessório, o servidor que for penalizado com demissão também ficará incompatibilizado de tomar posse em outro cargo público²³³ em qualquer dos Entes Federativos. Entretanto o que se percebe na prática é a ausência de troca de informações entre os entes federativos, ou seja, a demissão aplicada por um município dificilmente será comunicado ao Estado ou a União.

A incompatibilidade para ocupar cargo público decorrente da aplicação da pena de demissão se mostra em conformidade com o texto constitucional, sobretudo quanto à proibição da aplicação de penas de caráter perpétuo. Em sentido diametralmente oposto, o mesmo não se pode falar do parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8112/1990, cujo comando normativo impede o retorno do ex-servidor aos quadros da administração pública federal que for demitido ou destituído em razão de ter cometido um crime contra a administração pública, ou praticado atos de improbidade administrativa, ter aplicado de forma irregular recursos públicos, ou ter com sua conduta causado lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional ou, por fim, cometido corrupção.

Ainda que as infrações administrativas sejam contrárias ao que se espera de um agente público que deve agir sempre pautado pela probidade, boa-fé e retidão de conduta administrativa, a medida parece incompatível com o ordenamento constitucional. Visando à declaração de inconstitucionalidade da aludida norma, tramita no âmbito do Supremo Tribunal Federal a ADI n. 2975²³⁴, proposta pelo Procurador Geral da República, tendo como um dos principais argumentos a aplicabilidade no âmbito administrativo, inclusive quanto aos seus reflexos, do disposto constitucional que veda o uso das penas de caráter perpétuo.

Também há a pena disciplinar de destituição de cargo em comissão aplicável ao servidor que ocupe cargo dessa natureza que comete falta cuja pena prevista seja a de suspensão ou demissão.

²³³ Lei n. 8.112/90 [...] Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2971**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2159610>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

Nesse caso, em princípio, o legislador, por entender que o vínculo existente entre o gestor e o titular do cargo em comissão seja um vínculo de confiança, não trouxe a previsão de penas de natureza intermediária.

Ainda há a pena de destituição de função de confiança, aplicável exclusivamente ao titulares de cargos efetivos, pois essa função, segundo dicção constitucional, somente pode ser atribuída a esse tipo de servidor.

Ressalta-se que, quando da aplicação da pena de destituição de função de confiança, não há o rompimento definitivo do vínculo funcional, apenas encerra o vínculo decorrente da função de confiança.

As penas de destituição de função de confiança, bem como de cargo em comissão, grosso modo, revelam-se inócuas devido ao fato de o gestor simplesmente revogar o ato concessivo da função ou que exonerar o titular do cargo em comissão. Nada obsta que após a exoneração *ad nutun* do comissionado e decorrente de processo administrativo disciplinar, haja a conversão da exoneração em destituição²³⁵.

²³⁵ MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CARGO EM COMISSÃO. DESTITUIÇÃO. AUTORIDADE IMPETRADA. COMPETÊNCIA. LEGALIDADE. DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIOS. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

I - A Controladoria-Geral da União, como órgão central do sistema correicional, tem competência para instaurar e avocar processos administrativos contra os servidores vinculados ao Poder Executivo Federal, nos termos do artigo 18 da Lei n. 10.683/2003.

II - Em decorrência, compete ao Ministro de Estado do Controle e da Transparência o julgamento dos respectivos processos, quando se tratar da aplicação das penalidades de demissão, suspensão superior a trinta dias, cassação de aposentadoria e destituição de cargo, conforme artigo 4º do Decreto n. 5.480/2005, que regulamentou a Lei n. 10.683/2003.

III - Na espécie, foi aplicada a penalidade de conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão ao impetrante pelo Ministro de Estado do Controle e da Transparência, decorrente de processo administrativo disciplinar desenvolvido no âmbito da Controladoria-Geral da União, em função da autoridade envolvida (ex-presidente da FUNASA) e da inexistência de condições objetivas para realização do procedimento no órgão de origem.

IV - In casu, a aplicação da penalidade de destituição de cargo em comissão ao impetrante não ofende o artigo 128 da Lei n. 8.112/90, bem como os princípios da individualização da pena, motivação, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade,

V - Isso porque os fatos apurados são de extrema gravidade e causaram vultosa lesão ao erário que poderia ter sido evitada pelo Impetrante. Demais disso, as condutas a ele imputadas estão devidamente corroboradas pelas provas produzidas no procedimento administrativo disciplinar, revelando-se o ato destitucional devidamente motivado de acordo com a ordem jurídica, além de razoável e proporcional para a hipótese em julgamento. Segurança denegada" (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **MS 14.534/DF**; Rel. Ministro FELIX FISCHER; TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 04/02/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24992995/mandado-de-seguranca-ms-13699-df-2008-0160086-3-stj/inteiro-teor-24992996>>. Acesso em: 1 set. 2016).

Por fim, existe a pena de cassação de aposentadoria, aplicável ao servidor efetivo que incorre em falta disciplinar durante a atividade, sendo apenado apenas depois de passar para inatividade, que será mais bem tratada no capítulo que se segue.

Em todos os desfechos possíveis em um procedimento administrativo disciplinar, o Estado, por meio do órgão correicional deve prezar pela observância das garantias constitucionais. Assim, além do procedimento administrativo disciplinar ser o instrumento utilizado para se apurar a responsabilidade do servidor público que incorre em falta funcional, ele também tem o condão de efetivar direitos fundamentais.

O procedimento administrativo disciplinar não pode ser utilizado apenas como instrumento para se formalizar uma sanção disciplinar. O julgador deve estar aberto a ser influenciado pela manifestação apresentada pelo servidor, bem como pelas provas produzidas ao longo da instrução processual.

Na dicção legal, ao longo da instrução processual, em vários momentos, é oportunizada ao servidor indiciado a possibilidade de se manifestar nos autos, diretamente ou por meio de seu defensor. Esses momentos processuais não podem ser meramente uma solenidade.

O princípio do devido processo legal, bem como os demais princípios dele derivados, não podem ser um dispositivo vazio, sem nenhuma implicação na atividade prática do administrador.

Hipoteticamente imagina-se que, em determinada repartição pública, fora instaurada uma sindicância com a finalidade de investigar um fato em que determinado servidor, no âmbito da administração pública, afirme para outro servidor que incorreu em ato de improbidade administrativa.

Acresce-se aqui a informação que o primeiro servidor, o responsável pela informação, é inimigo político da autoridade titular do poder disciplinar, que viu na situação uma excelente oportunidade de se livrar de seu desafeto.

O procedimento foi instaurado com base na declaração formal do servidor caluniado, no qual afirma que outras pessoas presenciaram o episódio, podendo estes confirmar o alegado.

Durante a instrução, a comissão processante ouviu, além do sindicado, as testemunhas, que não confirmaram os fatos, razão pela qual a comissão processante concluiu pelo arquivamento pela ausência de elementos concretizadores da materialidade da conduta imputada ao servidor.

Enviados os autos à autoridade julgadora, ao se ver frustrada com o resultado do procedimento disciplinar, resolveu se valer de uma prerrogativa legal, devolvendo os autos para a realização de novas diligências.

Entretanto, ao decidir, a autoridade indicou expressamente quais as diligências a serem realizadas, inclusive arrolando outras testemunhas a serem ouvidas. Ocorre que essas testemunhas não estavam presentes no momento em que o servidor sindicado, supostamente, incorreu em falta disciplinar, entretanto podem prestar informações sobre a vida pregressa do servidor.

Percebe-se que, ao ser instaurada a sindicância, a administração pública deve definir os fatos a serem apurados, não obstante, entretanto, que ao longo da instrução processual esse objeto inicial seja alargado com o surgimento de fatos correlatos.

O procedimento administrativo não se presta, no exemplo supracitado, a investigar a conduta da vida funcional do sindicado, sua personalidade ou suas características pessoais. O que se busca aqui é demonstrar que o procedimento disciplinar consiste em um instrumento legal cuja finalidade é promover meios para se apurar a conduta do servidor e, caso fique demonstrado, embasar uma futura responsabilização. Não pode a autoridade julgadora, valendo-se do seu poder temporal, desvirtuar o meio processual administrativo apenas para satisfazer seus desejos individuais.

No exemplo acima, frisa-se que o superior, na condição de titular do poder disciplinar, tem a prerrogativa de devolver os autos para a realização de novas diligências, inclusive para que sejam realizadas oitivas de testemunhas, entretanto qual a valia de uma “testemunha que não presenciou” os fatos? Pode alguém, aqui,

levantar a tese de que a finalidade de ouvir outras testemunhas seria de buscar conhecer a forma de proceder do servidor no seu cotidiano funcional.

Frisa-se novamente que o procedimento disciplinar deve ter como finalidade mediata a concretização daquilo que é de interesse público, sobretudo a concretização das garantias e direitos fundamentais.

A decisão do procedimento não pode ser tomada antes da conclusão dos trabalhos, e o julgador deve considerar todos os aspectos probatórios produzidos durante a instrução processual.

Salienta-se, ainda, que, em se tratando de um procedimento em que se permitem o contraditório e a ampla defesa, o julgador deve sopesar os argumentos apresentados pela defesa.

2.4 A inafastabilidade do controle jurisdicional da atividade correicional

É atividade do Poder Público agir de modo a controlar e corrigir a atividade de seus agentes públicos, aplicando alguma sanção quando ficar configurada a existência de um ilícito administrativo e provada a autoria dos fatos. Essa atividade, quando envolver pena mais branda, terá um caráter discricionário, mas quando envolver punições mais severas, em razão da indisponibilidade do interesse público, será vinculado²³⁶.

O controle externo da atividade correicional do Estado é feito pelo Poder Judiciário, por meio de seus juízes e tribunais, sempre que for provocado pelo titular do direito violado. Entretanto a atividade de revisão da atividade disciplinar realizada pelo Judiciário não é ilimitada, sob pena de haver a superposição deste em relação ao Poder Executivo²³⁷.

²³⁶ COSTA, José Armando da. **Controle externo do ato disciplinar**. Belo horizonte, ano 5, n. 55, set. 2005.

²³⁷ Ibidem.

O Poder Judiciário, ao ser provocado para controlar um ato disciplinar, deve se ater aos vícios de legalidade²³⁸, não devendo apreciar o mérito do ato punitivo, sendo este relativo aos elementos livres do ato administrativo (objeto e motivo)²³⁹²⁴⁰.

A atuação do Judiciário se limita a constatar a existência de uma ilegalidade e, conseqüentemente, a eliminação dos efeitos do ato punitivo impugnado. Assim, o pronunciamento do Judiciário não invalida todo o ato, os seus efeitos persistem em

²³⁸ SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CONTROLE DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE DE EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. PROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA. 1. Os atos administrativos comportam controle jurisdicional amplo, em especial aquele que impõe sanção disciplinar a servidor público. Isso, porque o Judiciário, quando provocado, deve examinar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato, em avaliação que observe os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade. 2. A pena de demissão mostra-se proporcional, pois foi apurado em regular processo disciplinar que a servidora deixou de observar os procedimentos administrativos previstos para a concessão de auxílio-maternidade. Com isso, foi responsável por 11 (onze) benefícios previdenciários indevidos, causando prejuízos à Administração. 3. Ordem denegada. (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **MS: 14283 DF 2009/0069195-4**, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 23/03/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 08/04/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18784824/mandado-de-seguranca-ms-14283-df-2009-0069195-4/inteiro-teor-18784825>>. Acesso em: 1 jul. 2016).

²³⁹ COSTA, José Armando da. **Controle externo do ato disciplinar**. Belo horizonte, ano 5, n. 55, set. 2005.

²⁴⁰ MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. ILEGALIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NÃO COMPROVAÇÃO. INDEFERIMENTO PRODUÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA. I - Apenas se proclama a nulidade de um ato processual quando houver efetiva demonstração de prejuízo à defesa, o que não ocorreu na hipótese dos autos, sendo aplicável o princípio do *pas de nullité sans grief*. II - A comissão processante pode indeferir motivadamente o pedido de produção de prova quando o conjunto probatório se mostrar suficiente para a comprovação dos fatos, sem que isso implique cerceamento de defesa. III - A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. IV - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. V - O mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade. VI - Segurança denegada. (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **MS: 15064 DF 2010/0032618-3**, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 09/11/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 17/11/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21046990/mandado-de-seguranca-ms-15064-df-2010-0032618-3/stj/inteiro-teor-21046991>>. Acesso em: 20 ago. 2016).

relação a outros servidores que integraram a relação processual administrativa e que não impugnaram judicialmente a sanção administrativa²⁴¹.

No que pese o entendimento de que a atuação do Judiciário quanto à atividade de controle do Estado se limita quanto à extensão dos efeitos da decisão e da profundidade do conteúdo revisto, hodiernamente se tem visto um fortalecimento dos órgãos de controle, notadamente, o Judiciário, o Ministério Público e as Defensorias Públicas em detrimento do Legislativo e do Executivo, que vivem uma profunda crise de credibilidade²⁴².

Nesse cenário de incertezas políticas, o Judiciário tem agido como protagonista do processo político, não apenas aplicando a lei, mas a interpretando e atuando com um verdadeiro “legislador negativo”²⁴³. Não têm sido raros os casos em que o Judiciário realiza o controle do mérito do ato punitivo respaldando sua atuação no princípio da razoabilidade, além de buscar a efetivação dos demais direitos fundamentais constitucionais.

²⁴¹ COSTA, op. cit., 2005.

²⁴² SORBILLI FILHO, Roberto. Estado judicial de exceção e controle da administração pública: breves reflexões. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte** – RPGMBH. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan/jun. 2008.

²⁴³ Ibidem.

3 A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTE DA APLICAÇÃO DA PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA

O centro do ordenamento jurídico brasileiro é ocupado pela Constituição Federal, que estabelece um parâmetro a ser seguido por todas as demais normas e áreas jurídicas. Dessa forma, todos os institutos jurídicos devem buscar guarida no texto constitucional, sob pena de invalidação.

O instituto da Cassação de aposentadoria do servidor público efetivo se mostra multi-incompatível com o texto constitucional por violar diversos dispositivos e direitos fundamentais.

3.1 Uma análise da pena de cassação de aposentadoria do servidor efetivo frente aos direitos individuais

Como dito alhures, a pena de cassação de aposentadoria decorre do exercício do poder disciplinar, típico do Estado, sobre o servidor público e tem por finalidade buscar a eficiência na atividade administrativa por meio da punição de condutas indesejadas legalmente, pois sua principal pretensão é a incolumidade do serviço prestado à população. A relação da aplicação da punição com o interesse público ocorre por via indireta, pois surge de uma conduta funcional que não deveria ter ocorrido e, conseqüentemente, o desperdício ou desvio de recursos públicos²⁴⁴.

O sistema punitivo administrativo tem caráter preventivo e repressivo, tal qual no sistema penal. A mera existência da norma proibitiva atua de modo a inibir eventuais condutas ilícitas que podem ser praticados por servidores. Entretanto, se a promessa de punição não for suficiente para proteger a incolumidade pública, faz-se

²⁴⁴ PUCETTI, Renata Fiori; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Da Inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP** Belo Horizonte, ano 4, n. 10, jan./abr. 2015.

necessário colocar em prática as normas jurídicas por meio do procedimento adequado, que pode culminar com a aplicação de uma sanção²⁴⁵.

A aplicação de uma pena mais branda, que não implique rompimento definitivo do vínculo funcional, tais como a advertência e a suspensão, serve como elemento inibidor de outra conduta ilícita. Por outro lado, a punição também tem caráter punitivo, pois representa uma resposta à conduta grave cometida pelo servidor, sobretudo nos casos de aplicação de penas expulsórias, como demissão, destituição ou cassação de aposentadoria²⁴⁶.

A cassação de aposentadoria implica extinção do vínculo jurídico previdenciário do servidor público efetivo aposentado como punição pela prática de uma infração por ele praticada quando da atividade²⁴⁷.

Ao proferir o voto no julgamento do Recurso no Mandado de Segurança N. 27.216 - RJ (2008/0150711-9), o Ministro Rogério Schietti Cruz entendeu que a aplicação da pena de cassação de aposentadoria ao servidor é legítima, desde que haja previsão legal e que a conduta ilícita apenada com a referida sanção tenha sido cometida ainda durante sua atividade²⁴⁸.

²⁴⁵ PUCETTI, Renata Fiori; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Da Inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública** – RBEFP Belo Horizonte, ano 4, n. 10, jan./abr. 2015.

²⁴⁶ Ibidem.

²⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 912.

²⁴⁸ Processo: RMS 27216 RJ 2008/0150711-9

Relator(a): Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Julgamento: 28/04/2015

Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA

Publicação: DJe 07/05/2015

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. PROVIMENTO NEGADO.

1. A despeito das teses que se tem levantado acerca da inconstitucionalidade da aplicação da pena de cassação de aposentadoria de servidor público em processo administrativo disciplinar, seja em razão do caráter contributivo dos benefícios previdenciários, seja à luz dos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que é possível a aplicação da referida pena, desde que haja expressa previsão legal e que o ilícito administrativo tenha sido cometido pelo servidor ainda na atividade.

2. A sentença proferida no âmbito criminal somente repercute na esfera administrativa quando reconhecida a inexistência material do fato ou a negativa de sua autoria.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido, com a revogação da liminar deferida nos autos da MC n. 13.883/RJ.

Destaca-se do julgado acima que, apesar da aplicação da pena ocorrer após o encerramento do vínculo que liga o servidor efetivo à administração, a prática do ilícito grave deve ter ocorrido enquanto este exercia uma função pública.

A pena de cassação de aposentadoria será aplicada ao servidor efetivo vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social que incorrer em falta apenas com demissão cometida durante o período de atividade, mas que só veio a ser penalizada após o servidor passar para a inatividade²⁴⁹.

Salienta-se, ainda, que a instituição dos regimes previdenciários próprios é atividade discricionária dos entes federativos, sendo assim, aqueles servidores públicos efetivos de um ente federativo que não possua um regime previdenciário próprio ficam obrigatoriamente vinculados ao regime geral de previdência social, o que impossibilita a aplicação da pena de cassação de aposentadoria.

A pena de cassação de aposentadoria distingue das demais por ser aplicada após o encerramento da vida funcional do servidor. A responsabilidade funcional do servidor surge no momento em que este toma posse em um cargo, ficando claro para ele os seus deveres de desempenhar suas atribuições de forma satisfatória, bem como as normas aplicáveis à estrutura administrativa. A posse, portanto, é o marco inicial da responsabilização civil servidor. Esse vínculo somente vem a ser extinto com a vacância definitiva do cargo, que ocorre com exoneração, demissão, aposentadoria ou morte²⁵⁰, sendo esses o termo final definitivo do vínculo público²⁵¹.

Destaca-se que as demais hipóteses de vacância dos cargos públicos previstas no respectivo Estatuto Funcional não têm o condão de elidir definitivamente o vínculo funcional. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função²⁵².

Percebe-se que, nesse caso, a responsabilização do servidor inativo decorre do exercício das funções públicas enquanto existia um vínculo funcional do servidor.

²⁴⁹ Lei n. 8.112/1990. Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

²⁵⁰ Lei n. 8.112/90. Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de: I - exoneração; II - demissão; III - promoção; [...] VI - readaptação; VII - aposentadoria; VIII - posse em outro cargo inacumulável; IX - falecimento.

²⁵¹ PUCETTI, Renata Fiori; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Da Inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública** – RBEFP Belo Horizonte, ano 4, n. 10, jan./abr. 2015.

²⁵² Lei n. 8.112/90. Art.134.

Ainda que não esteja definitivamente submetido ao estatuto funcional, persiste a responsabilização dos atos praticados durante a atividade, respeitado o prazo prescricional.

A Lei n. 1.711/1952, que dispunha sobre o antigo Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, já revogada pela Lei n. 8.112/1990, previa a aplicação de pena de cassação de aposentadoria²⁵³ em casos específicos relatados na lei, distintos daqueles passíveis de serem apenados com demissão²⁵⁴.

Naquele período normativo, fazia sentido a aplicação da pena de cassação ao servidor, porque o recebimento do benefício previdenciário não estava vinculado ao recolhimento de nenhuma contribuição previdenciária, pois a percepção desse valor era considerada um direito decorrente do exercício de uma função pública²⁵⁵.

Com o advento da Lei n. 8.112/1990, passou a vigorar um novo regime disciplinar para os servidores públicos federais, e a pena de cassação de aposentadoria se manteve como sanção disciplinar aplicável aos servidores efetivos, entretanto os fatos justificadores da aplicação da referida pena passaram a ser os mesmos que permitem a aplicação da pena de demissão²⁵⁶.

Com o argumento de que o transcurso do tempo de contribuição para a previdência impediria a aplicação da pena de demissão e, conseqüentemente, a perda do vínculo com o regime previdenciário, foi impetrado o MS 21.948/RJ²⁵⁷,

²⁵³ Lei n. 1.711/52 - Art. 201. São penas disciplinares. I – repreensão; II – multa; III – suspensão; IV – destituição de função; V – demissão; VI – cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

²⁵⁴ Lei n. 1.711/52 - Art. 212. Será cassada a aposentadoria ou disponibilidade se ficar provado que o inativo: I – praticou falta grave no exercício do cargo ou função; II – aceitou ilegalmente cargo ou função pública; III – aceitou representação de Estado estrangeiro sem previa autorização do Presidente da República; IV – praticou usura em qualquer de suas formas. Parágrafo único. Será igualmente cassada a disponibilidade ao funcionário que não assumiu no prazo legal o exercício ao cargo ou função em que for aproveitado.

²⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>>.

Acesso em: 18 jul. 2016.

²⁵⁶ Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

²⁵⁷ Mandado de Segurança 21.948/RJ, Relator Min. Neri da Silveira.

Mandado de Segurança. Demissão. Procurador Autárquico.

1. Alegação de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 127, da Lei 8.112/90, ao estabelecerem entre as penalidades disciplinares a demissão e a cassação de aposentadoria ou disponibilidade. Sua improcedência, a ruptura do vínculo funcional, é prevista no artigo 41, § 1º, da Constituição. Houve, no caso, processo administrativo, onde assegurada ao impetrante ampla defesa. A demissão decretou-se por valer-se o impetrante do cargo, em detrimento da dignidade da função pública e desídia. Lei nº 8.112/90, artigo 117, incisos IX e XI.

entretanto o Ministro Neri da Silveira rechaçou os argumentos defensivos relatando que o decurso do tempo “não confere ao servidor público imunidade contra demissão”, ainda que a aposentadoria tenha se aperfeiçoado, esse não mais pode ser demitido, mas é possível a concretização da cassação de aposentadoria. Posteriormente, o tema foi objeto do MS 22.728/PR²⁵⁸ e do MS 23.299/SP²⁵⁹, e o Supremo Tribunal Federal manteve o mesmo entendimento.

2. Não cabe, em Mandado de Segurança, penetrar na intimidade das provas e fatos de que resultou o processo disciplinar.

3. Não pode prosperar, aqui, contra a demissão, a alegação de possuir o servidor mais de trinta e sete anos de serviço público. A demissão, no caso, decorre da apuração do ilícito disciplinar perpetrado pelo funcionário público, no exercício de suas funções. Não é, em consequência, invocável, o fato de já possuir tempo de serviço público suficiente à aposentadoria. **A lei prevê, inclusive, a pena de cassação de aposentadoria, aplicável ao servidor já inativo, se resultar apurado que praticou ilícito disciplinar grave, em atividade.**

4. Autonomia das instâncias disciplinar e penal.

²⁵⁸ MS 22728 / PR – PARANÁ.

MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 22/01/1998

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 13-11-1998 PP-00005

Parte(s)

IMPTE: NEUSA PEREIRA DOS SANTOS

ADV.: PEDRO AUDUSTO MUSA JULIÃO

IMPDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

EMENTA: Mandado de segurança. Servidor público. Penalidade de cassação da aposentadoria por improbidade administrativa e por aplicação irregular de dinheiros públicos. - Inexistência de nulidade do processo dirigido pela nova comissão processante, porquanto, além de não haver ofensa ao artigo 169 da Lei 8.112/90, não houve prejuízo para a impetrante. - Improcedência da alegação de ocorrência de prescrição. Interpretação da fluência do prazo de prescrição na hipótese de ser interrompido o seu curso (artigo 142, I e §§ 3º e 4º, da Lei 8.112/90). - Falta de demonstração da alegação vaga de cerceamento de defesa. - A alegação de que as imputações à impetrante são inconsistentes e não foram provadas, demanda reexame de elementos probatórios, o que não pode ser feito no âmbito estreito do mandado de segurança. - Inexistência do "bis in idem" pela circunstância de, pelos mesmos fatos, terem sido aplicadas a pena de multa pelo Tribunal de Contas da União e a pena de cassação da aposentadoria pela Administração. Independência das instâncias. Não aplicação ao caso da súmula 19 desta Corte. - Improcedência da alegação de que a pena de cassação da aposentadoria é inconstitucional por violar o ato jurídico perfeito. - Improcedência da alegação de incompetência do Ministro de Estado da Educação e do Desporto. Mandado de segurança denegado.

²⁵⁹ Processo: MS 23299 SP

Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 06/03/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 12-04-2002 PP-00055 EMENT VOL-02064-02 PP-00302

Parte(s): PLÁCIDA ANÉLLA FERRATONE

ANA PAULA MENDES

SEBASTIÃO BAPTISTA AFFONSO

PRESIDENTE DA REPÚBLICA

MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL

PRESIDENTE DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS

SUPERINTENDENTE ESTADUAL DO INSS EM SÃO PAULO

EMENDA:

Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (L. 8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e

Por ocasião do julgamento proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo MS 2091987-98.2014.8.26.0000²⁶⁰, prevaleceu a tese da incompatibilidade da cassação de aposentadoria frente à Constituição, mas, apesar de vencidos, os Desembargadores Antonio Carlos Malheiros e Paulo Dimas Mascaretti trouxeram uma importante tese argumentativa favorável à declaração da inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. Em síntese, a tese consistia em que a pena administrativa seria inválida devido ao caráter contributivo.

A celeuma envolvendo o tema culminou com a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.882 pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP, que discute a inconstitucionalidade da pena disciplinar.

Muito embora a aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade se assenta apenas sob um argumento, a pena de cassação de aposentadoria se revela incompatível com a ordem constitucional por violar vários princípios e garantias constitucionais, a saber: a dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia, a segurança jurídica, sobretudo no tocante ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, a vedação ao enriquecimento ilícito do Estado em razão do caráter contributivo do benefício previdenciário, além da vedação da aplicação de penas cruéis e de natureza perpétua.

improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito. II. Presidente da República: competência para a demissão de servidor de autarquia federal ou a cassação de sua aposentadoria. III. Punição disciplinar: prescrição: a instauração do processo disciplinar interrompe o fluxo da prescrição, que volta a correr por inteiro se não decidido no prazo legal de 140 dias, a partir do termo final desse último. IV. Processo administrativo-disciplinar: congruência entre a indicição e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados e não de sua capitulação legal.

²⁶⁰ Processo: MS 20614274220158260000 SP 2061427-42.2015.8.26.0000

Relator (a): Antonio Carlos Villen

Julgamento: 17/02/2016

Órgão Julgador: Órgão Especial

Publicação: 19/02/2016

MANDADO DE SEGURANÇA.

Delegado de polícia aposentado. Condutas ilícitas de natureza grave comprovadas em procedimento administrativo disciplinar. Pena de cassação de aposentadoria. Desnecessidade de sobrestamento. Processo criminal mencionado pelo impetrante que, ademais, não tem relação com o procedimento administrativo disciplinar em que foi aplicada a penalidade. Constitucionalidade da pena. Agente que, ao praticar falta grave, deixa de ostentar a condição de servidor público, não fazendo jus à aposentadoria do serviço público. Ordem denegada.

3.1.1 A incompatibilidade da cassação de aposentadoria frente aos valores decorrentes da dignidade da pessoa humana

É imperioso reconhecer que a manutenção dos sistemas previdenciários voltados a resguardar a integridade do trabalhador diante de um risco social tem por finalidade principal a efetivação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Após o advento da Segunda Guerra Mundial, passou a ser consenso no mundo ocidental que a dignidade da pessoa humana fosse o objetivo e o fundamento do constitucionalismo contemporâneo. Esse consenso se materializou nas declarações de direitos, convenções internacionais e constituições²⁶¹.

Prova disso é a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, que reconhece a dignidade como sendo uma característica de todos os membros da raça humana, além de reconhecer o direito a uma remuneração digna decorrente da atividade laboral²⁶².

²⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os Conceitos fundamentais e a construção de novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 272-273.

²⁶² Declaração Universal dos Direitos Humanos

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem;

Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;

Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efectivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais;

Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso:

A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação,

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, sociais e Culturais foi assinado pelo Brasil em 1966 e ratificado pelo Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992, no qual se reconhece a todos o direito à previdência social e ao seguro social, além de prever o desfrute de saúde física e mental como direito²⁶³.

Muito embora somente após o término da Segunda Grande Guerra a dignidade da pessoa humana tenha passado a ser instrumento constante nas constituições, essa figura já era mencionada no mundo romano, indicando a posição especial do homem no cosmos por ser um único animal com a capacidade para desenvolver um raciocínio. Assim, o homem gozava de uma posição hierarquicamente superior na natureza, além de uma posição na escala social²⁶⁴.

por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.

Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

[...]

Artigo 23º

1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.

4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses.

²⁶³ Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992.

[...]

Artigo 9º

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.

[...]

Artigo 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento e das crianças;

b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

²⁶⁴ BECCHI, Paolo. O princípio da dignidade humana. Tradução: Guilherme Genro; revisão: Dimitri Dimoulis. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 191-222, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=55216>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

O cristianismo ofereceu uma forte afirmação ao valor universal da dignidade da humana ao buscar no Velho Testamento a afirmação de que o homem é “imagem de Deus”²⁶⁵.

O propósito maior da dignidade da pessoa humana consiste no dever estatal de assegurar condições mínimas de existência ao ser humano durante sua curta passagem pelo Planeta Terra.

É possível afirmar que a dignidade da pessoa humana seja um princípio geral do direito e, como tal, deve ser aplicada em todas as relações jurídicas, não importando se está regrada pelo direito público ou direito privado. Dessa maneira, não é grande o esforço para identificar o aludido princípio de forma expressa ao longo do texto constitucional, seja como princípio fundamental, seja como objetivo dos partidos políticos, ou como motivo ensejador da intervenção federal ou, ainda, como norma orientadora da família²⁶⁶.

Ainda sob essa perspectiva, existem outros inúmeros institutos constitucionais cujo suporte está na dignidade da pessoa humana e dentre eles está a manutenção dos sistemas previdenciários.

O fornecimento de uma prestação pecuniária ao servidor público efetivo busca propiciar sua manutenção vital em decorrência de um fato que inviabilize sua

²⁶⁵ BECCHI, Paolo. O princípio da dignidade humana. Tradução: Guilherme Genro; revisão: Dimitri Dimoulis. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 191-222, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=55216>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

²⁶⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

[...]

b) direitos da pessoa humana;

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. [...]

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

vida laboral. A aplicação da pena de cassação de aposentadoria tem o condão de retirar desse trabalhador essa parcela de subsistência. Ressalta-se que o fato de ele ter praticado um delito administrativo grave não lhe retira a qualificação de pessoa humana.

Após a correta tramitação do processo administrativo disciplinar, é aplicada ao servidor efetivo a pena de cassação de aposentadoria, desprovendo esse agente de seus proventos até o dia de sua morte, além de retirar de seus dependentes econômicos o recebimento da pensão após a sua morte²⁶⁷.

Não parece razoável, diante da sistemática constitucional, a aplicação dessa penalidade, pois relega o servidor público a uma condição de miserabilidade.

Nos moldes do direito penal incriminador, a sanção de cassação de aposentadoria tem como finalidade preliminar a retribuição pela falta cometida pelo servidor, assim, em razão de possuir uma natureza de castigo, ela fulminará com as esperanças do agente público, que permaneceu a maior parte de vida no serviço público, de contar com um amparo na velhice²⁶⁸.

É inviável para a manutenção do Estado Democrático de Direito a não concretização das garantias protetivas da pessoa humana, pois o ser humano é o centro gravitacional da ordem jurídica. Conceber uma figura estatal que, em razão de sua atividade, condena a pessoa em viver sem o *minus* essencial a sua natureza humana é rebaixar a sociedade a uma condição de mesquinhez e miserabilidade típica de um Estado que se dedica à barbárie e à selvageria²⁶⁹.

Visando a proteger o Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana, deve-se declarar a inconstitucionalidade da pena disciplinar de cassação de aposentadoria, pois a concessão do benefício previdenciário a partir da constatação de um risco social – idade, tempo de contribuição ou invalidez –

²⁶⁷ PUCETTI, Renata Fiori; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Da inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública** – RBEFP, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=232438>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

²⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A cassação de aposentadoria de servidor público. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, ano 2, p. 183-186, 1986.

²⁶⁹ CAMPOS, Adir. A impossibilidade de cassação da aposentadoria de servidor público após a EC n. 20/98. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 153, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=98018>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

presume que o servidor efetivo já não conta mais com idade ou condições físicas que o permitam manter-se pela força de seu trabalho.

Dessa forma, a aplicação dessa penalidade é extremamente severa, desumana e injustificável entre os povos civilizados, pois viola a ordem constitucional interna e os tratados internacionais referendados pela República Federativa do Brasil²⁷⁰.

3.1.2 A possibilidade jurídica de violação do princípio da isonomia decorrente da aplicação da pena disciplinar de cassação de aposentadoria

Pode-se afirmar que a incompatibilidade da pena de cassação de aposentadoria também se dá em razão da violação do princípio da igualdade, que está estampado no *caput* do artigo 5º da Constituição da República²⁷¹, sendo possível vislumbrar sua aplicação nas mais variadas relações sociais tuteladas pelo direito. Também é possível visualizar a presença do princípio da igualdade quando da leitura dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro ao colocar como meta a redução das desigualdades sociais e regionais e a repulsa a qualquer forma de discriminação²⁷². Depois, no artigo 7º, XXX e XXXI, em que se trata dos direitos sociais, também é possível encontrar a previsão da figura da igualdade²⁷³.

²⁷⁰ CAMPOS, Adir. A impossibilidade de cassação da aposentadoria de servidor público após a EC n. 20/98. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 153, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=98018>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

²⁷¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

²⁷² Art. 3º, incisos III e IV - CF

²⁷³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; [...]

Apesar de o texto constitucional bradar que todos são iguais perante a lei, a afirmação de que o tratamento diferenciado pode estar plenamente em consonância com a Constituição é verdadeira²⁷⁴.

É possível visualizar o princípio da igualdade frente ao texto constitucional de duas maneiras distintas. A primeira – de origem liberal – implica a ideia de que “todos são iguais perante a lei” e se justifica no propósito do legislador de distribuir obrigações e direitos voltados à criação de uma igualdade meramente formal. A segunda forma – de origem social – busca moldar o conceito a partir de um critério justo²⁷⁵.

Essa igualdade com imparcialidade foi incorporada aos ordenamentos jurídicos estatais a partir do discurso iluminista. Assim, o responsável pela aplicação do direito, tal qual a figura simbólica da deusa da justiça, fizesse o julgamento de olhos vendados, vez que as leis são gerais²⁷⁶.

Esse princípio da igualdade formal não se refere apenas ao aplicador do direito no fato social concreto, também é voltado para o legislador no processo de criação das normas, devendo este tratar todos de forma imparcial. Diante dessa premissa, de que todos são formalmente iguais, todas as leis de natureza protetivas, como Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso, entre outras, seriam inválidas, pois estariam rompendo o princípio da imparcialidade²⁷⁷.

Entretanto essa visão liberal do tratamento igualitário dispensados a todos não é suficiente, pois é fato que os indivíduos, por mais que desejem ser tratados de forma igual, podem estar em situação distinta, justificando um tratamento diferenciado e mais justo.

Nas diversas brincadeiras nos jardins de infância e nas escolas fundamentais, certamente existe a clássica figura do “café com leite”, que seria aquela criança que, apesar de não possuir as mesmas condições físicas dos demais, deseja

²⁷⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 453.

²⁷⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 282.

²⁷⁶ Ibidem, p. 288.

²⁷⁷ Ibidem, p. 289.

compartilhar da mesma brincadeira. Naturalmente, as crianças maiores e com melhor condição física permitem sua participação, mas com condições específicas.

Talvez essa conduta infantil seja a mais pura manifestação da real isonomia voltada para aquilo que é justo, pois se coaduna com a fala atribuída a Aristóteles e replicada por Rui Barbosa de que “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

O princípio da Justiça permite ao legislador e, conseqüentemente, ao intérprete que dispense um tratamento desigual em situações de vidas desiguais, entretanto o elemento discriminador deve estar predisposto a alcançar uma finalidade desejada pelo Estado. O uso do elemento discriminador deve ocorrer em estrita observância à proporcionalidade, pois não pode o legislador, buscando alcançar uma finalidade, se valer de meios gravosos ao cidadão²⁷⁸.

Ao contrário do que preveem as declarações internacionais de direitos²⁷⁹, os seres humanos nascem e permanecem durante suas vidas em condição de desigualdade. Assim, o direito deve agir de modo a evitar que haja uma desigualdade tão grande que impeça o homem de viver em harmonia. O que se busca aqui é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas²⁸⁰.

Apesar desse modelo de igualdade distributiva ser mais agradável aos ouvidos, o grande problema está em encontrar um critério justo para se distribuir os

²⁷⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 453.

²⁷⁹ A ASSEMBLÉIA GERAL

proclama

A PRESENTE DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Art. I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

²⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 211-212.

benefícios legais. Ressalta-se que o uso de um critério justo não pode ser confundido com um privilégio²⁸¹.

A isonomia é um princípio geral do direito, podendo ser aplicado nas mais variadas relações jurídicas, em especial no direito administrativo. Podem-se citar, a título de exemplo, as licitações públicas, que são um conjunto de atos voltados para a escolha da melhor proposta assegurando aos participantes igualdade de tratamento²⁸², ou ainda a realização de concurso público para ingresso nos quadros da administração²⁸³.

A análise da incompatibilidade com o ordenamento no tocante à aplicação do princípio da isonomia ocorre quando é possível dispensar tratamento jurídico distinto a pessoas que estão na mesma condição jurídica.

Pode-se imaginar, a título de exemplo, ainda, que dois irmãos gêmeos ingressem na administração, por meio de concurso público, para ocupar cargo com a mesma atribuição, sendo lotados na mesma unidade funcional, entretanto o ingresso não se deu ao mesmo tempo, havendo uma diferença de apenas 3 (três) dias de tempo de serviço público.

Após o transcurso de 34 (trinta e quatro) anos, os irmãos gêmeos, que são de sexo masculino, resolveram praticar, no exercício de suas funções, uma conduta infracional configurando o ilícito de improbidade administrativa, sendo esse ato penalizado, a princípio, com demissão²⁸⁴.

²⁸¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 292.

²⁸² Lei n. 8.666/93. Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

²⁸³ Art. 37 [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

²⁸⁴ Lei 8.112/90. Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

[...]

IV - improbidade administrativa;

Após o transcurso regular do devido processo administrativo disciplinar, resta configurada a existência do ilícito funcional, bem como o envolvimento pessoal dos irmãos servidores públicos.

Entretanto, durante o período da tramitação processual, o irmão que primeiro ingressou no serviço público solicitou e foi concedida aposentadoria voluntária em razão do tempo de contribuição ao Regime Próprio de Previdência Social. Salienta-se, por outro lado, que o outro irmão permanece na atividade.

Destacam-se, no exemplo descrito acima, que as condições de ingresso no serviço público e os elementos utilizados para a caracterização do ilícito funcional foram praticamente os mesmos, havendo apenas uma pequena diferença de tempo quando do ingresso no serviço público.

Muito embora seja possível afirmar que os servidores gêmeos estavam na mesma condição jurídica, o resultado processual será completamente distinto. O irmão que ainda se encontra na atividade será demitido do serviço público, mas poderá utilizar seus longos anos de contribuição em um eventual pedido de aposentadoria feita ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, pois a aludida pena apenas rompe o vínculo funcional do servidor e provoca a incompatibilidade de ocupar cargo público durante um determinado lapso temporal, mas não impede que o servidor utilize o tempo de contribuição para solicitar a concessão de um benefício de outro regime²⁸⁵.

Agora, o irmão que já se encontrava na inatividade sofrerá consequência totalmente diversa, pois o ato de concessão do benefício previdenciário será cassado, não podendo ele fazer uso desse tempo de contribuição para respaldar outro pedido de aposentadoria junto ao Regime Geral de Previdência Social.

Não faria sentido lógico cassar a aposentadoria do servidor no regime próprio, permitindo que, no dia seguinte, ele solicite outro benefício previdenciário junto a outro regime, no que pese a previsão do artigo 201 da Constituição da República.

²⁸⁵ CF - Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

Permitir que o servidor penalizado com cassação de aposentadoria utilize o tempo de contribuição para solicitar o recebimento de um benefício no regime geral seria a possível saída nesse caso, entretanto, caso isso ocorra, torna inócua a aludida pena.

O resultado alcançado com a instrução processual disciplinar foi completamente diverso, considerando que existia apenas um detalhe que distinguia os dois servidores públicos gêmeos.

Dessa maneira, a aplicação da pena de cassação de aposentadoria implicaria resultado completamente adverso e injusto, pois ambos os servidores estavam na mesma condição jurídica. Assim, novamente a cassação se revela incompatível com o ordenamento constitucional pátrio por permitir a violação da direito fundamental da isonomia.

3.1.3 A segurança jurídica como instrumento balizador da inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria

Em linhas gerais, o direito busca criar parâmetros coletivamente aceitáveis para as relações sociais visando a prevenir e sanar conflitos entre indivíduos, ou entre indivíduos e instituições, ou ainda entre instituições, acarretando, conseqüentemente, harmonia e estabilidade nas relações jurídicas. Nesse cenário perfeito do uso do direito como instrumento de pacificação social, surge a figura da segurança jurídica, que implica a busca constante de estabilidade no universo jurídico.

A busca pela segurança tem sido a mola propulsora da evolução jurídica. O surgimento do Estado e a institucionalização do direito foi resultado da busca incessante do homem por segurança, seja segurança física e patrimonial ou segurança jurídica das relações sociais²⁸⁶.

²⁸⁶ MELO, Lígia Maria Silva de. Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional** – A&C. Belo Horizonte, ano 6. N. 25, jul/set. 2006.

Devido à mutabilidade das relações sociais, o direito deve se adequar e se moldar a novas realidades, seja por meio do uso da hermenêutica, buscando uma nova forma de ver o direito, seja por meio da mudança legislativa promovida pelo Congresso Nacional e demais casas de leis, posto que o direito atua como serviçal da sociedade.

Os debates envolvendo a segurança jurídica estão no universo do direito intertemporal, que são aquelas regras utilizada para resolver os conflitos surgidos com a sucessão de leis. A segurança jurídica envolve a estabilidade dos direitos subjetivos, assim, o indivíduo deve ter a certeza de que as relações surgidas durante a vigência de uma norma e em razão dela se manterá ainda que essa norma deixe de existir²⁸⁷.

O conceito de segurança jurídica pode ser visto sob um viés sociológico e outro jurídico. O conceito sociológico da segurança jurídica diz respeito à expectativa geral da sociedade em relação ao direito. A coletividade almeja que o direito estabilize as relações sociais e que mantenha o ritmo das relações sociais. Portanto, o direito não deve atrapalhar a vida social, devendo, sim, empreender a estabilidade da própria sociedade. Já no viés jurídico, a segurança consiste em um conjunto de ferramentas normativas que busca resguardar os direitos subjetivos²⁸⁸.

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio da segurança jurídica não pode ser visualizado expressamente em uma determinada norma, apesar da sua significativa importância em balizar as relações sociais como um todo. Vários institutos jurídicos constitucionais²⁸⁹ são reflexos da aplicação da segurança jurídica.

²⁸⁷ SILVA, José Afonso. Reforma constitucional e direito adquirido. **Interesse Público** – IR. Belo Horizonte, ano 2, n. 6, abr/jun. 2000.

²⁸⁸ MASCARO, Alysson Leandro. Para uma teoria geral da segurança jurídica. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC. Belo Horizonte, Ano 9, n. 31, jan/abr. 2015.

²⁸⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

[...]

Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Quando se fala ou se escreve algo sobre segurança jurídica, aborda-se uma pretensão decorrente da dimensão social em que está inserida, pois o direito surge como o único instrumento idôneo e capaz de resguardá-la, assim, se o direito não tem a força de garantir a segurança das relações sociais, deve no mínimo criar um ambiente que possibilite que esta seja a maior possível²⁹⁰.

O tema da segurança no direito pode ser abordado de maneiras distintas. A primeira vertente refere-se à segurança do direito, aqui compreendido com a necessidade de positivação do direito. O direito positivado tende a se impor como válido, ainda que não seja justo. Direito vigente nem sempre é direito justo. Entretanto nada obsta que o direito positivado se harmonize com o ideal de justiça²⁹¹.

A outra vertente refere-se à segurança jurídica, vista aqui como a garantia constitucional decorrente do direito positivado²⁹².

É visível o esforço do legislador constituinte originário em assegurar às pessoas a tranquilidade jurídica decorrente da estabilização das relações sociais. Esse esforço pode ser percebido pela existência de alguns institutos, tais como prescrição, preclusão, coisa julgada, direito adquirido, ato jurídico perfeito, entre outros.

Ao proferir o voto no Agravo Regimental do Agravo de Instrumento n. 861.377/RS²⁹³, o Supremo Tribunal Federal aduziu que a segurança jurídica,

²⁹⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo. Ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: BANKS ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudo em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. ver. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 210.

²⁹¹ SILVA, José Afonso. Constituição e segurança jurídica. In: BANKS ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudo em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. ver. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 16.

²⁹² Ibidem.

²⁹³ Processo: AI 861377 RS

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 18/11/2014

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJe-238 DIVULG 03-12-2014 PUBLIC 04-12-2014

Parte(s): UNIÃO

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INGE STRANZ LOPES E OUTRO(A/S)

ANGELINA INÊS CASTRO MATTIA E OUTRO(A/S)

AGRAVO DE INSTRUMENTO COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS

enquanto mais legítima expressão do Estado Democrático de Direito, deve-se projetar sobre as relações jurídicas de direito público ou de direito privado, pois essa premissa constitucional está impregnada de valores éticos, sociais e jurídicos, extremamente importantes para o Estado Brasileiro.

O Estado de Direito é um princípio fundamental do Estado Brasileiro²⁹⁴, cujo conteúdo determina a submissão deste ao ordenamento constitucional.

O Estado Democrático de Direito é formado por dois conjuntos normativos compostos por ideias, regras e princípios sistematizados, que são o Estado Democrático e o Direito. O Estado de direito pode ser definido, sinteticamente, como o reconhecimento ao império das leis e a submissão do Estado a estas, além da separação de poderes e do reconhecimento de um conjunto de direitos fundamentais. Por outro lado, o princípio democrático refere-se à fonte de legitimação do poder exercido pelo Estado²⁹⁵.

A pena de cassação de aposentaria não se coaduna com essa perspectiva da segurança jurídica, considerando sua capacidade de extinguir uma relação jurídica decorrente de um ato jurídico perfeito passível de gerar um direito adquirido ao servidor público efetivo.

RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO EFICÁCIA PRECLUSIVA DA RES JUDICATA TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia ex tunc, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 RTJ 164/506-509 RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, in abstracto, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes.

²⁹⁴ CF. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

²⁹⁵ ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. O processo constitucional como elemento de proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 20, n. 80, out./dez. 2012.

3.1.3.1 A aplicação da cassação de aposentadoria conflitando com o ato jurídico perfeito

Depois de se analisar o princípio da segurança jurídica, surge a indagação sobre a compatibilidade da pena de cassação de aposentadoria frente ao instituto jurídico do ato jurídico perfeito. A perfeição do ato é avaliada do ponto de vista formal, assim, quando esse ato atende os pressupostos legais para a sua feitura, será considerado perfeito. Ou melhor, reputa ato jurídico perfeito aquele que se consumou segundo a lei vigente ao tempo de sua realização²⁹⁶.

A perfeição do ato tem uma conotação formal, pois assim será considerado quando ele reunir as formalidades imprescindíveis para a sua validade, gerando o direito adquirido, o direito concreto e subjetivo apto a ser exercido e desfrutado por seu titular²⁹⁷.

Assim, o ato somente será considerado perfeito quando ele preencher seu ciclo de formação contendo todos os seus elementos essenciais e passando a existir como entidade jurídica²⁹⁸.

A concessão da aposentadoria, tais como os demais benefícios previdenciários no Regime Próprio de Previdência Social, ocorre por meio de um ato administrativo que é parte integrante de um processo administrativo previdenciário.

A instauração do processo administrativo previdenciário poderá ser de ofício pela administração – como acontece nos casos de aposentadoria compulsória ou por invalidez – ou a requerimento do servidor interessado²⁹⁹.

Cada ente federativo possui competência para dispor sobre regras processuais envolvendo a concessão de aposentadoria a seus servidores. Ao

²⁹⁶ LICC. Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou [...].

²⁹⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo. Ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: BANKS ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudo em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. ver. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 209.

²⁹⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 191.

²⁹⁹ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 388.

término dos trâmites administrativos, deve o Tribunal de Contas apreciar a legalidade do ato concessivo do benefício³⁰⁰.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 3³⁰¹ dispondo sobre a inexistência do contraditório e da ampla defesa durante a apreciação do pedido de concessão de aposentadoria, ainda que o julgamento da Corte de Contas implique a não concessão ou retirada do benefício previdenciário. Esse posicionamento da Suprema Corte tem sido criticado por parte da doutrina, vez que a garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LV não abarca qualquer ressalva ou mitigação³⁰².

Dentro de uma perspectiva de segurança e estabilidade das relações jurídicas, o ato jurídico perfeito se assenta como um direito fundamental que busca proteger o indivíduo de modificações legislativa posterior à feitura do ato. Assim, uma vez preenchidos os critérios legais para aquisição do direito, sendo este materializado formalmente com a perfeição do ato, não mais pode o direito, fruto do poder constituinte derivado ou do poder de normatizar, desconstituir aquele ato.

Dessa forma, a vontade eventual de um governante ou de um grupo político não é suficiente para desfazer situações criadas pela Lei. Somente por ação do Poder Constituinte originário pode-se desconstituir direitos anteriormente aceitos, pois a manifestação deste configura a adoção de novos valores e princípios estatais. Ressalvada essa situação, qualquer atentado ao direito decorrente de um ato realizado em conformidade com a Constituição configura fraude constitucional e,

³⁰⁰ CF - Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; [...].

³⁰¹ Súmula Vinculante n. 3 - Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

³⁰² CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 389.

consequentemente, destruição desse documento fundamental em seus esteios-mestres³⁰³.

Assim, realizadas as formalidades previstas em lei e na Constituição, quais sejam a tramitação administrativa e a confirmação pelo Tribunal de Contas, o ato concessivo da aposentadoria se torna perfeito, gozando de proteção da norma fundamental.

Entretanto, na ocasião do julgamento do MS 21.948/RJ, o Ministro Nery da Silveira entendeu que:

12. Ao alegar, o impetrante, que pelo fato de ter contribuído para a Previdência Social por mais de 37 anos não poderia mais ser “demitido ou exonerado”, sendo-lhe garantida, portanto, a aposentadoria, razão pela qual o ato presidencial atacado não poderia tirar-lhe o direito que já teria se incorporado ao seu patrimônio e ao patrimônio de sua família, esqueceu o Impetrante, no entanto, que o prêmio da aposentadoria só é incorporado ao patrimônio do servidor quando este reúne os requisitos necessários à aposentação, inclusive com a apresentação de requerimento e seu posterior deferimento.

13. Ora, não se discute que a aposentadoria, após decretada, constitui inegável fato jurídico perfeito e acabado, mas, da mesma forma, não se pode olvidar que ainda assim, é passível de ser cassada, se ilícitos cometidos por servidor já aposentado ensejarem tal penalidade³⁰⁴.

Na visão da Suprema Corte, apesar de se admitir que o ato se aperfeiçoe com o preenchimento dos requisitos e a concretização das formalidades legais, o mesmo não seria totalmente perfeito ou teria uma perfeição mitigada, pois estaria sujeito à cassação. Por isso, em uma visão *latu sensu*, a perfeição do ato somente ocorreria com o término do prazo prescricional do poder disciplinar da administração pública.

Esse posicionamento não coaduna com a ideia de segurança jurídica, pois colocaria todos os servidores beneficiários de aposentadoria em uma situação de instabilidade jurídica. Não seria, então, suficiente apenas o controle de legitimidade

³⁰³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 109.

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 21.948/RJ**. D.J 7/12/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85646>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

realizado pela administração, por meio de seus mecanismos de autotutela, e pelo Tribunal de Contas no momento da concessão do benefício previdenciário.

Não se pode olvidar que os direitos fundamentais podem ser relativizados quando conflitarem com outro princípio constitucional, o que não é o caso, vez que a pena de cassação de aposentadoria é um instituto decorrente da legislação ordinária. Dessa forma, diante de eventuais conflitos entre norma constitucional preconizadora de direitos fundamentais e uma lei ordinária, é inegáveis reconhecer a supremacia do texto constitucional sobre a norma ordinária.

Diante dessa celeuma, não parece razoável cassar o benefício previdenciário, respaldado na busca de condições mínimas de dignidade, vez que esse decorre de um ato jurídico perfeito.

Em sendo considerado inconstitucional a pena de cassação de aposentadoria, tal fato não implicaria impunidade para o servidor faltoso. O legislador ordinário buscou criar mecanismos para resguardar a moralidade administrativa, a exemplo do artigo 172³⁰⁵ da Lei n. 8.112/1990, que impede a concessão de aposentadoria voluntária ou exoneração a pedido àqueles servidores que estejam respondendo processo administrativo disciplinar cuja pena seja cominada seja de demissão ou cassação de aposentadoria. É claro que tal dispositivo legal somente se aplica aos fatos ilícitos que sejam do conhecimento da administração pública.

É dever a autoridade instaurar a medida processual cabível quando tomar conhecimento de um fato que possua elementos de materialidade da conduta³⁰⁶. Da

³⁰⁵ Lei n. 8.112/90. Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.

Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso.

³⁰⁶ Lei n. 8.112/90 - Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

§ 3º A apuração de que trata o *caput*, por solicitação da autoridade a que se refere, poderá ser promovida por autoridade de órgão ou entidade diverso daquele em que tenha ocorrido a irregularidade, mediante competência específica para tal finalidade, delegada em caráter permanente ou temporário pelo Presidente da República, pelos presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, no âmbito do respectivo Poder, órgão ou entidade, preservadas as competências para o julgamento que se seguir à apuração.

mesma forma, também é dever funcional de todo servidor público informar ao órgão competente sobre a existência de uma infração de natureza disciplinar cometida por outro servidor³⁰⁷.

Isso posto, resta à administração, antes da concessão da aposentação, tomar as cautelas necessárias para verificar sobre a existência de eventual ato ilícito por parte do servidor e, conseqüentemente, instaurar o competente processo administrativo disciplinar.

É prudente destacar que a instauração de qualquer procedimento de natureza disciplinar que possa vir a gerar alguma punição de natureza funcional ou patrimonial para o servidor deve ocorrer com o mínimo possível de elementos probatórios capaz de indicar a existência do fato ilícito, bem como da responsabilidade da autoria.

Essa exigência decorre do comando constitucional da observância obrigatória do devido processo legal no âmbito processual judicial ou administrativo. O surgimento da garantia constitucional do devido processo legal ocorreu com a Carta Magna, cujo objetivo foi projetar um alicerce principiológico de todo e qualquer processo de tomada de decisão de conflitos, de ordinários e constitucionais, de administrativos a judiciais, de afetação diretamente no patrimônio e na liberdade do particular. Quando se discute sobre o devido processo, faz-se referência ao processo justo, visando a preservar toda a ordem constitucional³⁰⁸.

Art. 144. As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.

Parágrafo único. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.

³⁰⁷ Art. 116. São deveres do servidor: [...]

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração;

[...]

Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública.

³⁰⁸ HERANI, Renato Gugliano; THAMAY, Rennan Faria Kruger. Do devido processo legal ao devido processo constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC. Belo Horizonte, ano 9, n.33, set/dez. 2015.

Assim, seria vedado à administração pública instaurar um processo administrativo apenas como motivo impeditivo para a concessão do benefício previdenciário.

3.1.3.2 O direito adquirido como instrumento limitador da aplicação da cassação de aposentadoria

Outra controvérsia surgida a partir da aplicação da pena de cassação de aposentadoria frente à segurança jurídica refere-se à concretização do direito adquirido. A concessão do benefício previdenciário se aperfeiçoa com a edição do ato concessivo e, como dito alhures, o ato jurídico perfeito é aquele que tem o condão de gerar direito adquirido.

A vida laboral inicia-se para o servidor público efetivo no momento do ingresso nos quadros funcionais da administração pública, fato esse que ocorre com a posse no cargo público. Ressalta-se que, por força do texto constitucional, o ingresso no serviço público obrigatoriamente deverá ser precedido de concurso público de provas ou de provas e títulos.

Estabelecido o vínculo profissional com a administração em razão da investidura, esta deverá perdurar até a aposentadoria, salvo se surgir uma situação adversa que configure a vacância do cargo que venha a romper o vínculo com a administração pública.

Também como já dito, a aposentadoria do titular do cargo implica a vacância do cargo, e o ato concessivo do benefício gera a desobrigação de trabalhar e o recebimento de proventos vitalícios, podendo ainda ser convertido em pensão por morte do titular paga aos seus dependentes³⁰⁹.

Ressalta-se que até o momento da concessão da aposentadoria não existia qualquer fator impeditivo que inviabilizasse o término da vida funcional do servidor.

³⁰⁹ PUCETTI, Renata Fiori; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Da inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública** – RBEFP, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=232438>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

Dessa forma, em razão da soma de vários fatores, esse incorpora ao seu patrimônio jurídico o direito subjetivo de receber proventos vitalícios como retribuição aos importantes serviços prestados, sem contar que, ao longo de sua vida, houve a formação de um pecúlio com as contribuições compulsoriamente retiradas da remuneração, vencimento ou subsídio. Esse direito gera um direito incondicionado e inalcançável pela preexistência ou superveniência de lei³¹⁰.

O estudo do instituto do direito adquirido envolve a análise da aplicação da lei do tempo. A busca pela proteção ao direito adquirido se apresentou como uma solução para sanar questões envolvendo o conflito aparente de leis no tempo³¹¹.

Existe certa dificuldade entre os juristas, até em datas atuais, de estabelecer parâmetros capazes de criar uma fórmula única e geral, fórmula esta passível de sanar todos os conflitos de lei no tempo, pois todo e qualquer direito, em assim sendo, configura direito adquirido³¹².

Apesar da gigantesca dificuldade de se entabular um conceito satisfatório de direito adquirido, pode-se apresentar a construção de Gabba, em que se pode vislumbrar direito adquirido como o direito subjetivo gestado sob o império de uma lei, tornando-se parte do patrimônio dos indivíduos, ainda que a oportunidade de fazer valer seus efeitos só ocorra da revogação da mesma e entrada em vigor de outra norma³¹³.

O ordenamento constitucional brasileiro resguardou o direito adquirido lhe dando status de direitos fundamentais, entretanto não trouxe parâmetros para a fixação de seu conteúdo³¹⁴.

Apesar da enorme dificuldade de se estabelecer um conceito uníssono, é possível extrair alguns pontos: a) refere-se ao direito subjetivo ou direito concreto; b)

³¹⁰ PUCETTI, Renata Fiori; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Da inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública** – RBEFP, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=232438>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

³¹¹ ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. **Direito adquirido**: uma questão em aberto. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

³¹² Ibidem, p. 110.

³¹³ PIRES, Maria Coeli Simões. Direito Adquirido como Limite à Retroprojeção de Emendas Constitucionais. **Fórum Administrativo** - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 4, n. 40, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=5079>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

³¹⁴ ALMEIDA, op. cit., p. 111.

o direito deve se tornar parte do patrimônio individual; c) o direito deve ser originário de um fato aquisitivo³¹⁵.

Diante dessa perspectiva, a concessão da aposentaria ao servidor teria o condão de configurar direito adquirido, pois, com a homologação realizada pelo Tribunal de Contas, o benefício passa a ser direito concreto do segurado, formando seu patrimônio, e decorrente do vínculo publicista que teve com a administração durante toda a sua vida laboral.

Nesse sentido a Suprema Corte editou a Súmula n. 359³¹⁶, na qual é possível extrair que o benefício previdenciário regula-se pela lei da época em que o funcionário preencheu todos os requisitos, ainda que a solicitação do benefício ocorra no período em que outra norma verse sobre o assunto.

A concessão do benefício segue os parâmetros da lei vigente ao tempo em que se reuniram os pressupostos imprescindíveis para a obtenção do benefício, não sendo fator impeditivo para a pretensão do segurado a modificação legislativa ou a própria vontade do segurado³¹⁷.

³¹⁵ ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. **Direito adquirido**: uma questão em aberto. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

³¹⁶ Súmula 359. Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

³¹⁷ RE 266927 / RS - RIO GRANDE DO SUL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO

Julgamento: 20/06/2000

Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJ 10-11-2000 PP-00105 EMENT VOL-02011-04 PP-00749

Parte(s)

RECTE: ALCIDES DALLA COSTA

ADVDS: DAISSON SILVA PORTANOVA E OUTROS

RECD.: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADVDA: NEUSA MOURÃO LEITE

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROVENTOS DA APOSENTADORIA CALCULADOS COM BASE NA LEGISLAÇÃO VIGENTE AO TEMPO DA REUNIÃO DOS REQUISITOS QUE, TODAVIA, FORAM CUMPRIDOS SOB O REGIME DA LEI ANTERIOR, EM QUE O BENEFÍCIO TINHA POR BASE VINTE SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO EM VEZ DE DEZ. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO. Hipótese a que também se revela aplicável -- e até com maior razão, em face de decorrer o direito de contribuições pagas ao longo de toda a vida laboral -- a Súmula 359, segundo a qual os proventos da inatividade se regulam pela lei vigente ao tempo em que reunidos os requisitos necessários à obtenção do benefício, não servindo de óbice à pretensão do segurado, obviamente, a circunstância de haver permanecido em atividade por mais alguns anos, nem o fato de a nova lei haver alterado o lapso de tempo de apuração dos salários de contribuição, se nada impede compreenda ele os vinte salários previstos na lei anterior. Recurso conhecido e provido.

Com entendimento semelhante, a mesma Corte decidiu, por ocasião do julgamento da ADI 3.104³¹⁸, que o benefício previdenciário é um direito constitucional que se introduz no patrimônio jurídico do servidor no momento do aperfeiçoamento do ato concessivo editado pela autoridade competente.

Ora, diante dessas evidências extraídas da jurisprudência do STF, é imperioso reconhecer que a aposentadoria é uma conquista do indivíduo frente aos direitos sociais do trabalhador, pois assegura o direito à inatividade remunerada. Dessa maneira, diante de uma situação de invalidez, idade avançada ou requisitos conjugados de tempo de serviço público e no mesmo cargo, idade mínima e

³¹⁸ DI 3104/DF - DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 26/09/2007

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007

DJ 09-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02297-01 PP-00139

RTJ VOL-00203-03 PP-00952

Parte(s)

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S): SINDICATO NACIONAL DOS DOCENTES DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR - ANDES

INTDO.(A/S): FEDERAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL - FENAFISP

ADV.(A/S): DAMARES MEDINA E OUTROS

INTDO.(A/S): FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - FENAJUFE

ADV.(A/S): PEDRO MAURICIO PITA MACHADO E OUTROS

INTDO.(A/S): SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO NO DISTRITO FEDERAL - SINDJUS/DF

ADV.(A/S): IBANEIS ROCHA BARROS JÚNIOR

ADV.(A/S): ARENALDO FRANÇA GUEDES FILHO

ADV.(A/S): MARLUCIO LUSTOSA BONFIM

ADV.(A/S): RENATO BORGES BARROS

INTDO.(A/S): SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL - UNAFISCO

ADV.(A/S): JOSÉ LUIS WAGNER E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 2º E EXPRESSÃO '8º' DO ART. 10, AMBOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. APOSENTADORIA. TEMPUS REGIT ACTUM. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO: NÃO-OCORRÊNCIA. 1. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente. 2. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. 3. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003. 4. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional n. 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

contribuição, surge o direito adquirido ao recebimento da aposentadoria, verba de natureza alimentar, não vinculada a qualquer aspecto de boa conduta ou disciplinar³¹⁹.

3.1.4 Da incompatibilidade da pena de cassação de aposentadoria frente ao caráter contributivo dos benefícios previdenciários

A jurisprudência da Suprema Corte³²⁰, bem como do Superior Tribunal de Justiça, fixou, antes de 2010, o entendimento de ser possível a demissão do servidor, ainda que ele tenha cumprido os requisitos para a concessão do benefício da aposentadoria à época da concretização do fato ilícito, bem como inexistir a discricionariedade da administração para aplicar pena menos gravosa a servidor que incorreu em falta apenas com demissão ou cassação de aposentadoria, além de inexistir direito adquirido absoluto ao recebimento da aposentadoria, podendo ser

³¹⁹ PUCETTI, Renata Fiori; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Da inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública** – RBEFP, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=232438>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

³²⁰ AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 142, I E § 2º, DA LEI N. 8.112/90. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO APÓS A INATIVIDADE. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DISCIPLINAR. PRESIDENTE DA REPÚBLICA. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. APLICABILIDADE. INFRAÇÕES PRATICADAS DE FORMA CULPOSA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O direito, da Administração Pública Federal, de punir seus servidores prescreve em cinco anos quanto às infrações passíveis de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão, contados a partir da data em que o fato tornou-se conhecido [art. 142, I e § 2º, da Lei n. 8.112/90].

2. O fato do servidor público ter atendido aos requisitos para a concessão de aposentadoria não impede a instauração de processo administrativo para apurar a existência de falta eventualmente praticada no exercício do cargo. Precedente [MS n. 21.948, Relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, DJ 07.12.95].

3. O Presidente da República prescinde do assentimento do Tribunal de Contas da União para exercer sua competência disciplinar. Precedente [MS n. 20.882, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ 23.09.94].

4. Não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário, o Tribunal tem confirmado a aplicabilidade da pena de cassação de aposentadoria. Precedente [MS n. 23.299, Relator o Ministro SEPULVEDA PERTENCE, DJ 12.04.2002].

5. A alegação de que os atos administrativos teriam sido praticados de forma culposa reclama dilação probatória incompatível com o mandado de segurança.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

afastada mesmo quando o servidor tenha tempo suficiente para se aposentar, bastando apenas que a infração tenha sido cometida ao tempo da atividade³²¹.

Ao proferir o julgamento nos Embargos Infringentes n. 007976-04.2008.8.26.0000³²², o Desembargador Coimbra Schmidt entendeu que a discussão envolvendo a cassação de aposentadoria não relaciona os benefícios previdenciários, mas sim é consequência do reflexo da responsabilidade funcional do servidor³²³.

Como dito alhures, tramita atualmente na Suprema Corte uma Ação Direta de Inconstitucionalidade visando a rechaçar o inciso IV do artigo 127 e o artigo 134, ambos da Lei n. 8.112/1990. Nas alegações apresentadas na ADI 4882, a Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP traz inicialmente o processo evolutivo para a formação do atual panorama normativo previdenciário brasileiro. Destaca-se inicialmente que, em 1891, primeira menção constitucional da expressão aposentadoria, o benefício somente era concedido aos agentes do Estado em caso de invalidez a serviço da administração, independentemente de qualquer contribuição do beneficiário. Tal benefício se

³²¹ FIGUEIREDO, Marcelo. Inconstitucionalidade da “cassação” de aposentadoria no Brasil: considerações gerais e modulação sobre o tema em face da realidade nacional. **Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2014, n. 265, jan/abr. 2014.

³²² Relator (a): Coimbra Shmidt

Comarca: São Paulo

Órgão Julgador: 7º Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 27/06/2011

Data de registro: 04/07/2011

Ementa:

CONSTITUCIONAL. Servidor público aposentado. *Cassação da aposentadoria*. 1. Por constituir penalidade funcional, cabível em casos de falta cometida pelo servidor, quando na ativa, apta de gerar pena de demissão, a cassação da aposentadoria não se incompatibiliza com a atual redação do art. 40, caput, da Constituição da República. 2. Embargos infringentes acolhidos.

³²³ A cassação da aposentadoria não questiona o direito ao benefício (deixou de ser vantagem) sob a ótica previdencial ou previdenciária. É reflexo da responsabilidade administrativa do servidor, mercê do vínculo jurídico-administrativo que, quando na ativa, manteve com a Administração. Perfila-se em paralelo com a pena administrativa de demissão, qualificada ou não. Segundo o magistério de José dos Santos Carvalho Filho, a cassação da aposentadoria é penalidade por falta gravíssima praticada pelo servidor quando ainda em atividade. Se essa falta fosse suscetível, por exemplo, de pena de demissão, o servidor não faria jus à aposentadoria, de modo que, tendo cometido a falta e obtido a aposentadoria, deve esta ser cassada. Trata-se, por conseguinte, de penalidade funcional, ainda que aplicada a servidor inativo. Registre-se, por oportuno, que não há direito adquirido do ex-servidor ao benefício da aposentadoria, se tiver dado ensejo, enquanto em atividade, à pena de demissão. Por isso, inteiramente cabível a cassação da aposentadoria.

justificava pelo fato de o funcionário público ter uma vida profissional dedicada ao Estado e, conseqüentemente, ao bem estar coletivo³²⁴.

Com a edição do Decreto n. 4.682/1923, foram criadas instituições na forma de caixa de assistência para oferecer benefícios previdenciários aos trabalhadores das empresas de estradas de ferro³²⁵. Com isso, passaram a serem constituídas novas caixas de aposentadoria, dando origem aos institutos previdenciários de âmbito nacional³²⁶. Ressalta-se que esses benefícios concedidos aos trabalhadores tinham natureza contributiva, pois exigiam uma contraprestação dos beneficiários³²⁷.

Posteriormente, foi criado o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado – IPASE com a missão institucional de gerir a previdência dos servidores públicos. Os recursos necessários para a manutenção do sistema decorrida da contribuição obrigatória dos funcionários civis³²⁸. O IPASE veio a ser

³²⁴

Disponível

em:

<edir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?se
eqobjetoincidente=4334549>. Acesso em: 16 ago. 2016.

³²⁵ Decreto n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Art. 1º Fica creada em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no paiz uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados.

[...]

Art. 9º Os empregados ferroviários, a que se refere o art. 2º desta lei, que tenham contribuido para os fundos da caixa com os descontos referidos no art. 3º, letra a, terão direito:

1º, a soccorros medicos em casos de doença em sua pessoa ou pessoa de sua familia, que habite sob o mesmo tecto e sob a mesma economia;

2º, a medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração;

3º, aposentadoria;

4º, a pensão para seus herdeiros em caso de morte.

³²⁶

Disponível

em:

edir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?se
qobjetoincidente=4334549. Acesso em 16 de agosto de 2016.

³²⁷ Decreto n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923. [...] Art. 3º Formarão os fundos da caixa a que se refere o art. 1º:

a) uma contribuição mensal dos empregados, correspondente a 3 % dos respectivos vencimentos;

b) uma contribuição annual da empresa, correspondente a 1 % de sua renda bruta;

c) a somma que produzir um augmento de 1 1/2 % sobre as tarifas da estrada do ferro;

d) as importancias das joias pagas pelos empregados na data da criação da caixa e pelos admittidos posteriormente, equivalentes a um mez de vencimentos e pagas em 24 prestações mensaes;

e) as importancias pagas pelos empregados correspondentes á diferença no primeiro mez de vencimentos, quando promovidos ou augmentados de vencimentos, pagas tambem em 24 prestações mensaes;

f) o importe das sommas pagas a maior e não reclamadas pelo publico dentro do prazo de um anno;

g) as multas que atinjam o publico ou o pessoal;

h) as verbas sob rubrica de venda de papel velho e varreduras;

i) os donativos e legados feitos á, Caixa;

j) os juros dos fundos accumulados.

³²⁸ Decreto-lei n. 288, de 23 de fevereiro de 1938.

Cria o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício da faculdade que lhe confere o art. 180 da Constituição, DECRETA:

extinto em 1977, sendo substituído pelo Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS³²⁹, mantido pelas contribuições prestadas pelos servidores.

Com a promulgação da Constituição de 1988, não havia previsão da contributividade para a manutenção do sistema³³⁰, e o pagamento dos benefícios

Art. 1º Fica criado o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (I.P.A.S.E.), com personalidade jurídica e sede no Distrito Federal.

Art. 2º O I.P.A.S.E. tem por objeto realizar as funções de órgão de assistência aos servidores do Estado e praticar operações de previdência e assistência a favor de seus contribuintes.

Art. 3º São contribuintes obrigatórios do I.P.A.S.E.:

- a) os funcionários civis efetivos, interinos, ou em comissão;
- b) os extranumerários que executem serviços de natureza permanente;
- c) os empregados do próprio Instituto.

[...]

Art. 22. Os contribuintes obrigatórios pagarão à Fazenda Nacional, mediante desconto em folha, uma percentagem sobre a sua remuneração, na seguinte base:

- a) até o máximo de 4% quando a remuneração for interior ou igual à correspondente ao padrão "D" de vencimentos (art. 20 da lei n. 284, de 28 de outubro de 1936);
- b) até o máximo de 5% quando a remuneração for superior à correspondente ao padrão "D" e inferior, ou igual, à correspondente ao padrão "H";
- c) até o máximo de 6% quando a remuneração for superior à correspondente ao padrão "H" e inferior ou igual, à correspondente ao padrão "K";
- d) até o máximo de 7% quando a remuneração for superior à correspondente ao padrão "K".

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo compreendem-se como remuneração os vencimentos dos cargos públicas e os salários dos extranumerários.

[...]

³²⁹ Lei n. 6.439, de 1º de setembro de 1977.

Institui o sistema Nacional de Previdência e Assistência Social e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I

DO SISTEMA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL

Art 1º - Fica instituído o sistema Nacional de Previdência e Assistência Social - SINPAS, sob a orientação, coordenação e controle do Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS, com a finalidade de integrar as seguintes funções atribuídas às entidades referidas nesta Lei:

I - concessão e manutenção de benefícios, e prestação de serviços;

II - custeio de atividades e programas;

III - gestão administrativa, financeira e patrimonial.

Art 2º - São mantidos, com o respectivo custeio, na forma da legislação própria, os regimes de benefícios e serviços dos trabalhadores urbanos e rurais, e dos funcionários públicos civis da União, atualmente a cargo do Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural - FUNRURAL e do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado - IPASE.

Art 3º - Ficam criadas as seguintes autarquias vinculadas ao MPAS:

I - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS;

II - Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social - IAPAS.

[...]

³³⁰ Art. 40. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

previdenciários era feito de modo gracioso, independentemente de qualquer contribuição. O regime previdenciário contributivo para os servidores foi instituído por meio das Emendas Constitucionais n. 03/1993, 20/1998 e 41/2003³³¹.

Consta ainda como argumentação na referida ação de controle de constitucionalidade que, com a fixação de uma alíquota mínima de 11% (onze por cento) para os servidores públicos federais, passou-se a ter um parâmetro para a contribuição de outros servidores.

Em conclusão, a autora da Ação afirma que a aposentadoria evoluiu de uma mera concessão graciosa e desvinculada do pagamento de contribuição, para uma contraprestação previdenciária de caráter contributivo, acarretando na inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, até porque não se devolve ao servidor penalizado as contribuições previdenciárias, o que implica enriquecimento ilícito do Estado.

-
- a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;
 - b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;
 - c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;
 - d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, a e c, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2º A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3º O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade.

§ 4º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

³³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>>.

Acesso em: 23 ago. 2016.

De fato, antes da instituição do Regime Próprio do Servidor, o recebimento dos benefícios previdenciários decorria do próprio exercício do cargo, devendo os cofres públicos custear totalmente as despesas com a previdência pública. Entretanto houve uma manifesta intenção do governo em aproximar esse regime com o regime geral da previdência social, típico dos trabalhadores privados, ao exigir que o beneficiário também contribuísse com a manutenção do sistema³³².

É de bom tom destacar o argumento apresentado no voto proferido pelo ministro Celso de Melo no julgamento da ADI 2010³³³, em que ele vincula que o caráter contributivo de um sistema previdenciário obrigatoriamente teria característica retributiva. Assim, a exigência do pagamento de uma contribuição previdenciária estaria vinculada a uma contraprestação, pois, conforme o referido ministro,

O regime contributivo é, por essência, um regime de caráter eminentemente retributivo. A questão do equilíbrio atuarial (CF, artigo 195 parágrafo 5.º). Contribuição de seguridade sobre pensões e proventos. Ausência de causa suficiente. Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver necessariamente correlação entre custo e benefício. A existência de escrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula, segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, e vice-versa estatal.

O caráter contributivo do sistema previdenciário, instituído pelas reformas tributárias ocorridas na década de 90, fundamenta-se na arrecadação das

³³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>>.

Acesso em: 23 ago. 2016.

³³³ ADI 2010 QO / DF - DISTRITO FEDERAL

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 13/06/2002

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DERROGAÇÃO DO ART. 2º DA LEI N. 9.783/99, RESULTANTE DA SUPERVENIENTE EDIÇÃO DA LEI N. 9.988/2000 - EXTINÇÃO ANÔMALA, NESSE PONTO, DO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA PREJUDICIALIDADE PARCIAL DA AÇÃO DIRETA. - A superveniente revogação - total (abrogação) ou parcial (derrogação) - do ato estatal impugnado em sede de fiscalização normativa abstrata faz instaurar, ante a decorrente perda de objeto, situação de prejudicialidade, total ou parcial, da ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da existência, ou não, de efeitos residuais concretos que possam ter sido gerados pela aplicação do diploma legislativo questionado. Precedentes.

contribuições vinculadas para o seu custeio, contrapondo-se ao regime retributivo, que se caracteriza pelo fato de seu custeio vir dos tributos gerais cobrados a população³³⁴.

Em sendo contributivo, é como se o servidor estivesse “comprando” o direito de receber um benefício, se assemelhando ao contrato de seguro, em que o segurado paga para cobrir um risco. Assim, o servidor paga uma contribuição previdenciária para garantir riscos futuros, que pode ser idade, morte ou invalidez³³⁵, sendo inclusive a razão apresentada pelo Desembargador Nelson Schaefer Martins do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no julgamento da Arguição Incidental de Inconstitucionalidade em Agravo de Instrumento AG 20120732795 SC 2012.073279-5³³⁶.

³³⁴ SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010, p, 368.

³³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>>.

Acesso em: 23 ago. 2016.

³³⁶ Processo: AG 20120732795 SC 2012.073279-5 (Acórdão)

Relator (a): Nelson Schaefer Martins

Julgamento: 05/08/2013

Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público Julgado

Parte (s): Agravante: Werner Koepsel

Advogados: José Sérgio da Silva Cristóvam (16298/SC) e outro

Agravado: IPREV Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina

Advogada: Elaine Ferreira dos Santos (21365/SC)

Agravado: Estado de Santa Catarina

EMENTA: ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DO INCIDENTE AFASTADA. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ESPECIAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 97. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTS. 480 E 481. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, ART. 159. AÇÃO DECLARATÓRIA CONDENATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL N. 6.843/1986, ARTS. 206, INC. VI, E 212, INC. I. PREVISÃO DE APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA A POLICIAL CIVIL PELA PRÁTICA DE ILÍCITO DISCIPLINAR PERPETRADO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. AFRONTA AO REGIME CONTRIBUTIVO QUE REGE O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, AO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE HUMANA E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO, DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA VEDAÇÃO DE PENA DE CARÁTER PERPÉTUO OU QUE ULTRAPASSE A PESSOA DO CONDENADO E DA PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTS. 1º, INC. III, 5º, INCS. XXXVI, XLV e XLVII. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, ARTS. 1º e 4º. ARGUIÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 'CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO PUNIDO COM DEMISSÃO. POSTERIOR CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DO DIREITO ADQUIRIDO E DA SEGURANÇA JURÍDICA. PROVIMENTO DO RECURSO ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA RESTABELECIDA.

O Regime de Previdência Social deve ser "entendido à semelhança do contrato de seguro, em que o segurado paga determinada contribuição, com vistas à cobertura de riscos futuros" (Maria Sylvia Zanella Di Pietro). Os proventos da aposentadoria e as pensões "não representam benefícios pela

Se houve uma deliberada vontade do governo em aproximar os regimes previdenciários, essa aproximação traz todas as consequências, seja a possibilidade de se buscar uma nova fonte de receita, seja a vinculação da concessão do benefício à existência de uma contribuição³³⁷.

Dessa forma, não caberia a pena de cassação de aposentadoria vez que a contribuição previdenciária compulsória teria a natureza jurídica de seguro, além de ser parte da natureza jurídica da aludida contribuição uma contrapartida estatal que seria o recebimento de um benefício previdenciário.

Pensar em sentido contrário levaria à conclusão da possibilidade de o erário se enriquecer de forma ilícita, pois não faz sentido existir uma contribuição de caráter obrigatório sem o direito à obtenção do benefício correspondente. Assim, analogicamente, se a demissão não impede o usufruto dos benefícios decorrentes do seu tempo de contribuição junto ao Regime Próprio de Previdência Social, também não poderia existir a pena de cassação de aposentadoria³³⁸.

Na Reclamação Disciplinar n. 0017258-57.2013.8.05.0000³³⁹, o Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia Mário Alberto Hir entendeu que a pena de cassação de aposentadoria implicaria a penúria do servidor e seus familiares e enriquecimento ilícito do Estado, inclusive comparando o tratamento dispensando pela lei ao servidor efetivo faltoso a uma situação do traficante de drogas, do infanticida, ou mesmo do terrorista, pois se esses forem condenados após suas aposentações, não sofrerão a cassação de tal verba, de cunho alimentar.

No que pese o princípio da solidariedade inerente ao sistema previdenciário, em que os segurados coletivamente mantêm o sistema, a cobrança de um tributo

nova contribuição, mas retribuição pela contribuição paga ao longo dos trinta e cinco anos" (Kiyoshi Harada). Desse modo, o servidor que cumpriu os requisitos constitucionais - idade e tempo de contribuição (CR, art. 40) – tem direito adquirido à aposentadoria, direito que poderá exercer quando l [...].

³³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

³³⁸ Idem.

³³⁹ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Reclamação Disciplinar n. 0017258-57.2013.8.05.0000. **Diário da Justiça Eletrônico**. 2013. Disponível em: <http://www.tjba.jus.br/diario/internet/download.wsp?tmp.diario.nu_edicao=1066>. Acesso em: 23 ago. 2016.

vinculado para a manutenção do sistema previdenciário modificou sobremaneira a sistemática do Regime Próprio de Previdência Social, pois este passou a ter característica de pecúlio, ou seja, a partir das contribuições feitas pelos servidores efetivos, forma-se um montante de recursos a serem utilizados para cobrir um risco profissional previsto em lei.

Não resta alternativa, diante de tantos argumentos, no que pese os outros, que a exigência da contribuição previdenciária, instituída pela manifestação do Poder Constituinte Reformador, tornou a pena de cassação de aposentadoria incompatível com o ordenamento jurídico constitucional.

3.1.5 O caráter perpétuo da pena de cassação de aposentadoria frente à proteção constitucional

O exercício do poder disciplinar por parte da administração permite a verificação da responsabilidade administrativa do servidor em razão de sua conduta no exercício das atribuições inerentes ao seu cargo.

Na constatação da existência de uma falta funcional e na certificação da autoria dessa conduta, deve o poder público aplicar ao servidor responsável a respectiva sanção disciplinar. Muito embora essa sanção não possua natureza criminal, é possível estabelecer paralelos entre as duas penas.

É prudente ressaltar que a mesma conduta ilícita praticada por um servidor pode ser motivo justificador para instauração de diferentes procedimentos voltados à apuração da responsabilidade civil, penal e administrativa.

Assim, como já dito, o servidor que, por exemplo, se apropria de valores de que teve posse se utilizando das atribuições inerentes ao seu cargo, responderá civilmente, respaldado no artigo 186 do Código Civil, visando a reparar eventuais danos que tenha causado ao erário. Também responderá penalmente, pois sua conduta configura o crime de peculato na modalidade apropriação, conforme previsto no artigo 312 do Código Penal brasileiro, além de apurar a responsabilidade

de cunho administrativo, pois o mesmo se utilizou da honrosa função pública para praticar um ilícito funcional.

Percebe-se que a responsabilização administrativa é apenas uma faceta das responsabilidades inerentes ao exercício do cargo público, mas, apesar de ter uma consequência diversa, assemelha-se à pena de cunho criminal, razão pela qual se justifica a aplicação analogicamente dos princípios gerais do direito penal, sobretudo aqueles com raiz constitucional.

Buscando proteger determinados bens jurídicos com maior intensidade do que a responsabilização dos infratores, a Carta Magna, em seu artigo 5º, XLVII³⁴⁰, veda expressamente determinada modalidade de penas, tais como aquelas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimentos ou cruéis. O propósito do legislador ao estabelecer essa vedação decorre do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana combinado com o direito à integridade física e moral³⁴¹.

Acrescenta ainda a vedação decorrente da Convenção Americana sobre Direitos Humanos³⁴² de que a pena não pode passar da pessoa do delinquente.

Sob esse paradigma constitucional, não é viável a manutenção no ordenamento infraconstitucional de pena de caráter criminal ou administrativo que seja capaz de produzir efeitos durante toda a vida do infrator. Assim, as sanções decorrentes de atos ilícitos devem se caracterizar pela provisoriedade, por grave que seja o delito.

³⁴⁰ CF – Art. 5º [...] XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

³⁴¹ PUCETTI, Renata Fiori; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Da inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública** – RBEFP, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=232438>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

³⁴² CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

Artigo 5. Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.

A pena de cassação de aposentadoria se revela incompatível com o aludido comando constitucional, pois a principal consequência de sua aplicação é a retirada perpétua de um direito constitucionalmente garantido de receber proventos vitalícios³⁴³.

Ressalta-se ainda que a pena de cassação atenta contra o princípio da equivalência das penas, uma vez que as consequências decorrentes da penalidade não guardam correspondência com o ato ilícito praticado. Dessa forma, a aposentadoria poderia ser tão somente cassada se o servidor beneficiário a obtiver em afronta à legislação previdenciária³⁴⁴.

Dessa desproporção entre a pena disciplinar em relação ao ato ilícito praticado, surgem como aspecto peculiar os efeitos perpétuos dessa sanção, sem desconsiderar também a extensividade desses efeitos aos familiares e herdeiros do servidor público apenado. A cassação não alcança apenas o titular do benefício previdenciário, mas, com sua morte, os seus dependentes, que também serão privados da pensão³⁴⁵.

Diante dessa perspectiva, a cassação de aposentadoria se revela ainda mais aviltante e cruel, pois, como se não bastasse produzir efeitos enquanto o servidor estiver vivo, ela poderá atingir, durante toda sua existência vital, quem não cometeu nenhuma conduta ilícita, o que revela uma clara afronta a qualquer lógica jurídica ou moral³⁴⁶.

Enfrentando o assunto, o Ministro Ricardo Lewandowski, em voto proferido no Recurso Extraordinário n. 610290/MS³⁴⁷ interposto pelo Estado do Mato Grosso do

³⁴³ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

³⁴⁴ CAMPOS, Adir. A impossibilidade de cassação da aposentadoria de servidor público após a EC n. 20/98. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 153, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=98018>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

³⁴⁵ Idem

³⁴⁶ Idem.

³⁴⁷ RE 610290 / MS - MATO GROSSO DO SUL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI
Julgamento: 25/06/2013
Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO
DJe-159 DIVULG 14-08-2013 PUBLIC 15-08-2013
Parte(s)

Sul, entendeu ser constitucional o pagamento da pensão por morte aos dependentes de policial militar excluído ou demitido dos quadros funcionais, pois a percepção desse benefício visa a proporcionar meios de subsistência.

No julgamento da ADI 1.542³⁴⁸, versando sobre esse assunto, o mesmo ministro entendeu que demissão a bem do serviço público, em que o indivíduo é privado do direito ao recebimento à aposentadoria, seus dependentes ficam 'na rua da amargura', pois também são privados do recebimento de uma verba alimentar em detrimento do locupletamento ilícito do Poder Público.

Juridicamente, é razoável entender os herdeiros são alcançados apenas do ponto de visto patrimonial em razão da conduta do *de cujus*, afinal essas recebem herança, mas por outro lado não é razoável que os herdeiros sejam atingidos obliquamente pela responsabilização disciplinar, pois os efeitos vão se perpetuar até o óbito destes, o que se revela deveras desproporcional.

Dessa maneira, é imperioso reconhecer que a pena de cassação de aposentadoria não se amolda aos parâmetros constitucionais decorrentes do Estado

RECTE.(S): ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
 PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
 RECD.(A/S): VALQUÍRIA MARIA ESPINOZA BRASIL(REPRESENTADA POR FLORINDA ESPINOZA BRASIL)

ADV.(A/S): SUELY BARROS VIEIRA

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 117 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 53/1990. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INSTITUÍDO AOS DEPENDENTES DE POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I – Compete aos Estados-membros dispor sobre os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, inclusive quanto aos direitos previdenciários. II – O benefício previdenciário instituído em favor dos dependentes de policial militar excluído da corporação representa uma contraprestação às contribuições previdenciárias pagas durante o período efetivamente trabalhado. III – Recurso extraordinário ao qual se nega provimento, assentando-se a constitucionalidade do art. 117 da Lei Complementar Estadual 53/1990.

³⁴⁸ ADI 1542 MC / MS - MATO GROSSO DO SUL

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK

Julgamento: 16/12/1996 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 19-12-1997 PP-00041 EMENT VOL-01896-01 PP-00119

Parte(s)

REQTE.: GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

REQDO.: GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

REQDO.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. ARTIGO 117 - §§ 1º, 2º E 3º DA LEI COMPLEMENTAR N. 53/90 DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. POLICIAL MILITAR. SIMETRIA COM A LEGISLAÇÃO FEDERAL. LIMINAR INDEFERIDA. Ausência do aspecto de bom direito, que toda liminar reclama. A norma atacada tem, à primeira vista, simetria com o padrão federal. Liminar indeferida.

Democrático de Direito, pois permite que seus efeitos se alonguem durante toda a vida do servidor apenado, privando-o do recebimento do benefício previdenciário, inclusive podendo ser mantidos além do pós-morte do servidor, porque também seus dependentes serão privados do recebimento da pensão por morte.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico pode ser comparado metaforicamente a uma máquina em que todas as peças, engrenagens e tubos devem estar ligados e trabalhando no mesmo sentido, ainda que cada um desses componentes tenha uma forma ou que exerça uma função distinta. Assim devem ser as normas jurídicas de um Estado, todas, não importando a sua forma, hierarquia ou ente responsável pela sua edição, devem trabalhar para alcançar as finalidades definidas pela sociedade.

Apesar de ser utópica essa visão de um ordenamento normativo perfeito, ela tem a finalidade de se buscar um padrão visual para a finalidade das normas dentro da estrutura jurídica.

Tal qual na máquina, o não funcionamento, ou mau funcionamento, ou, ainda, a falta de encaixe perfeito de uma peça em relação à estrutura do equipamento, as normas jurídicas que não tiverem em consonância formal ou material com o todo normativo devem passar por reparos ou serem destacadas.

Dentro de um ordenamento jurídico, a Constituição funcionará como ponto de equilíbrio em relação a outras leis ou a atos normativos. Cabe à Carta Magna estabelecer o paradigma e o norte a ser seguido pelo legislador responsável pela edição da norma e pelo hermeneuta encarregado de buscar o real significado da lei.

Nessa perspectiva, o estudo de qualquer matéria ou assunto jurídico deve ser feito por meio da lente da Constituição Federal. Assim, quando se estuda a estrutura processual, deve este atender sua finalidade, que é o exercício da jurisdição, mas deve ainda assegurar a plena efetividade das prerrogativas constitucionais aplicáveis ao processo.

O mesmo acontece com o estudo do direito administrativo. As normas e os princípios aplicáveis à administração pública – estrutura funcional do Estado por excelência – devem ser vistos partindo de um parâmetro constitucional.

O exercício do Poder Disciplinar se justifica no Poder de Império do Estado e permite a aplicação de sanções às pessoas, físicas e jurídicas, que incorrem em ato contrário ao ordenamento administrativo.

Assim, por exemplo, quando, após o processo licitatório, uma empresa deixa de cumprir com o que foi pactuado no contrato administrativo, ou cumpre parcialmente, incorre em ato ilícito, pois é de interesse da administração e, consequentemente, da coletividade, que o objeto adjudicado ao contratado seja executado, pois se assim não ocorrer, o grupo social irá carecer de um serviço público deficitário.

Essa constatação pode ocorrer quando se contrata uma empresa para fornecer medicamentos para a rede pública de saúde. Se a contratada não o fizer ou fizer de modo parcial, todos os usuários da rede pública sofrerão as consequências.

Isso justifica a imposição das sanções de cunho disciplinar previstas no artigo 87 da Lei n. 8.666/1993, que vai de uma mera advertência até a expedição de declaração de inidoneidade para contratar com a administração pelo prazo de 2 (dois) anos. Para a imposição da sanção, a administração pública deverá se valer do meio procedimental adequado, respeitando as prerrogativas processuais decorrentes do Estado Democrático de Direito.

A mesma análise deverá ser feita na apuração da responsabilidade administrativa dos agentes públicos, pois essa não deverá ocorrer, como em outrora, de forma unilateral e arbitrária.

O termo “agente público” refere-se ao elemento humano que compõe o aparato administrativo, sendo o conjunto de indivíduos ligados à estrutura estatal e responsáveis pela realização da atividade administrativa. Dentro desse universo, está o servidor público efetivo, que é aquele titular de um cargo público.

A atividade do servidor público é responsável por dar vida à intenção do Estado descrita na lei. O texto normativo é resultado da atividade do Poder Legislativo, que, sem a atuação do Estado, será eternamente apenas um conjunto de letras e símbolos sem significado e sem efetividade.

O servidor público é a boca pela qual o Estado profere a sua vontade, é a mão pela qual o Estado escreve ou os pés por meio dos quais se caminha em uma direção. Assim, em razão da significativa importância de sua atividade frente aos objetivos do Estado, a conduta do servidor deverá ser pautada pelo decoro,

idoneidade e transparência, pois, se assim não for, refletirá negativamente para o grupo social.

Em razão do elevadíssimo grau de comprometimento da atividade laboral do servidor público frente aos anseios da sociedade, surgem responsabilidades decorrentes da investidura do cargo.

A aplicação de sanções aos servidores públicos não deve funcionar apenas como uma mera retribuição pelo ilícito cometido, mas deve-se voltar à prevenção de futuras práticas corrosivas da finalidade pública. Assim, o servidor apenado, em eventuais e futuras oportunidades, fará outra reflexão antes de reincidir na conduta ilícita. O mesmo ocorre com outros servidores públicos que terão o exemplo de consequência jurídica decorrente de uma conduta faltoso.

Apesar da enorme importância da atividade correcional do Estado de modo a evitar desvios da conduta funcional do servidor, essa não poderá ocorrer de qualquer modo, sob pena de configurar uma atividade injusta e arbitrária.

Devem-se impor limites ao poder estatal nessa tarefa de corrigir os seus servidores para que evite situações típicas de Estado, tal qual ocorria quando do uso do instituto da “verdade sabida”, pois essa figura nefasta possibilitava ao agente, investido na função de chefia, exercer o poder disciplinar segundo os seus próprios parâmetros de justiça, sem a obrigatoriedade de respeitar qualquer instituto limitador do abuso da autoridade.

Naquela época, não muito remota, o chefe de uma unidade administrativa, ao tomar conhecimento da possível existência de uma infração cometida por um servidor, aplicava, imediatamente, uma sanção de cunho leve, tais como advertência ou suspensão.

Destaca-se que o principal argumento que então era utilizado para justificar a “verdade sabida” era a celeridade no procedimento por se tratar de infrações leves e, conseqüentemente, as penas aplicadas traziam pouco ou nenhum reflexo para a vida funcional.

Apesar desse argumento, ressalta-se que qualquer pena trará reflexos funcionais e financeiros ao servidor público, tese que, por si só, já invalida o aludido instituto.

É inegável reconhecer o *status* constitucional da responsabilidade administrativa do servidor e o poder de corrigir do Estado, pois o próprio faz alusão a institutos como o processo administrativo disciplinar e as garantias constitucionais aplicáveis a ele, bem com a pena de demissão, o que não justifica a tirania estatal disfarçada de Estado de Direito.

Dentro do universo das sanções possíveis de serem impostas aos servidores públicos faltosos, destaca-se a pena de cassação de aposentadoria aplicável exclusivamente aos servidores públicos efetivos que estejam ligados ao regime próprio de previdência social. Essa modalidade de sanção se revela incompatível com o servidor público comissionado por este se vincular a outro regime previdenciário.

Preliminarmente, esclarece-se que a cassação de aposentadoria carece de um erro terminológico, pois, segundo a doutrina administrativista, o termo “cassação” tem relação com a anulação decorrente da existência de um vício grave que impede o surgimento do ato ou sua retirada do mundo jurídico. Também se utiliza a cassação no fenômeno de extinção do ato administrativo, quando o beneficiário dele não cumpre com as condições impostas pela administração. Percebe-se que nenhuma das duas situações se adéqua à sanção disciplinar ora estudada.

Considerando a natureza jurídica da pena e suas consequências, a terminologia mais adequada seria a contraposição ou derrubada da aposentadoria, pois esse instituto permite extinguir um ato, por meio de outro com fundamentação diversa.

Em termos práticos, extingue-se a aposentadoria concedida pela materialização de um fato gerador pela aplicação da pena disciplinar.

Apesar da inadequação técnica, a cassação de aposentadoria, nos termos legais, será aplicada ao servidor que incorre em falta grave na atividade, mas somente vem a ser apenado após a concessão da aposentadoria.

A Constituição Federal, buscando dar efetividade aos direitos fundamentais, assegurou aos trabalhadores o direito à inatividade remunerada, para tanto, são descontadas das verbas remuneratórias pagas aos trabalhadores contribuições previdenciárias utilizadas para manter o sistema.

Destaca-se que o pagamento compulsório feito durante a vida funcional do servidor não tem a finalidade de formar um pecúlio, pois a solidariedade, materializada pelo regime de repartição, obriga os atuais trabalhadores a manterem aqueles que estão na inatividade, e as futuras gerações terão o ônus de manter os atuais trabalhadores durante a sua velhice.

As regras previdenciárias não são as mesmas para os trabalhadores do setor público e privado. Os trabalhadores do setor privado estão sujeitos às regras do regime geral de previdência social, que reúne todos aqueles que exercem uma atividade remunerada, desde que não estejam vinculados a outro regime de inscrição obrigatória. Já os trabalhadores do setor público, desde que titulares de cargos efetivos e que os entes federativos tenham sua própria organização, estão vinculados ao regime próprio de previdência social.

Esse regime, desde a edição das Emendas Constitucionais n. 03/1993, 20/1998 e 41/2004, passou a ter caráter contributivo, ou seja, parte significativa dos seus recursos passou a ser proveniente das contribuições previdenciárias recolhidas dos próprios servidores.

Dentro da competência tributária constitucional, existe a possibilidade de os entes federativos – União, Estados, Municípios e Distrito Federal – cobrarem de seus servidores uma contribuição de natureza especial, limitada pelas normas infraconstitucionais em 11% (onze por cento), destinados ao custeio dos sistemas previdenciários.

A pena de cassação de aposentadoria se revela incompatível com o ordenamento constitucional por violar flagrantemente direitos e garantias fundamentais. Ressalta-se que a existência de um conjunto de normas com característica limitadoras do poder do Estado, como é o caso dos direitos fundamentais, tem raiz no Estado Democrático de Direito.

A necessidade da instituição e manutenção de um sistema previdenciário tem por finalidade assegurar condições mínimas de existência do trabalhador quando este não mais tiver condições de se manter por estar acometido de um risco social coberto pelas regras previdenciárias.

Situações como a idade avançada, que retiram a capacidade do trabalho, a invalidez decorrente de doença ou de acidente ou ainda por atender o tempo de contribuição são fatos geradores do benefício previdenciários.

Dessa forma, a manutenção dos sistemas previdenciários é a concretização do preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo busca assegurar meios materiais ou normativos capazes de disponibilizar uma condição digna aos seres humanos.

A cassação de aposentadoria de um servidor público o relega a uma condição de miserabilidade, pois o recebimento de seus proventos, em muitos casos, será a única ou principal fonte de seu sustento. Aqui se revela a primeira incompatibilidade da sanção disciplinar frente à figura da dignidade da pessoa humana.

Também é possível arguir a inconstitucionalidade da cassação de aposentadoria devido à possibilidade de, na sua aplicação no caso concreto, tratar indivíduos que estão na mesma condição jurídica de forma distinta.

Isso pode vir a ocorrer se ambos os servidores agirem em coautoria na concretização de um fato ilícito, entretanto, por uma opção pessoal, um dos dois passa para a inatividade.

O resultado provocado pela aplicação da pena de cassação de aposentadoria será completamente diverso. O agente público em atividade está sujeito à pena de demissão, permitindo que este utilize o tempo de contribuição no serviço público em outro regime previdenciário.

Por lado, o servidor faltoso que se encontra na inatividade sofre consequências jurídicas extremamente gravosas, pois não mais poderá se valer dos recursos provenientes do benefício previdenciário, além de não poder utilizar os anos de contribuição em outro regime previdenciário.

Não é difícil constatar que a lei está possibilitando tratamento jurídico distinto a pessoas que incorrem na mesma prática, com o mesmo nível de envolvimento, o que atenta contra a ordem constitucional.

A cassação de aposentadoria atenta também contra um dos pilares central do Estado Democrático de Direito, que é a figura da segurança jurídica. A função primordial do Direito dentro de um agrupamento social é assegurar condições jurídicas de harmonia e paz social, para tanto se deve preservar a estabilidade das relações jurídicas, ainda que diante de uma situação de mudança legislativa.

A segurança jurídica busca preservar as relações sociais por meio de regras que impedem suas mudanças abruptas. Não seria razoável impor às relações jurídicas o ônus de se adequarem a todas as mudanças jurídicas advindas após a sua concretização.

Em razão desse macroprincípio, importantes institutos jurídicos foram introduzidos no ordenamento brasileiro, destacando-se aqui as figuras do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

A incompatibilidade da cassação de aposentadoria frente à segurança jurídica refere-se ao flagrante desrespeito ao ato jurídico perfeito e direito adquirido, ambos os institutos protegidos constitucionalmente.

A concessão do benefício previdenciário ocorre como resultado de um processo administrativo previdenciário, que tem como finalidade verificar a existência das condições legais para o recebimento do benefício previdenciário. Essa verificação ocorre no âmbito administrativo, normalmente dentro da estrutura de uma autarquia previdenciária.

Concluídos os trabalhos administrativos e confirmado o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria, inicia-se o pagamento do benefício. Porém, por expressa previsão constitucional, esse ato somente se aperfeiçoará com a ratificação do tribunal de contas, a quem compete fazer o controle posterior de legitimidade do ato previdenciário.

Por ser um ato complexo, enquanto não houver a manifestação do órgão de contas, não há de se falar em ato jurídico perfeito. Assim, após essa manifestação, o ato concessivo passa a gozar de proteção constitucional.

Uma vez configurada a perfeição do ato, este é capaz de gerar o direito subjetivo incorporado ao patrimônio pessoal do beneficiário, também sujeito à proteção constitucional.

O direito adquirido, tal qual o ato jurídico perfeito, é um direito fundamental, cuja finalidade primordial é impor limites ao poder de império do Estado. Mas, apesar disso, os direitos fundamentais estão sujeitos ao processo de flexibilização ou mitigação quando conflitarem com outro princípio constitucional.

Ressalta-se que não existe aqui qualquer conflito de normas constitucionais, pois a pena de cassação de aposentadoria encontra guarita nas normas administrativas infraconstitucionais. Dessa maneira, não há de se falar em submissão da flexibilização do direito adquirido ou do ato jurídico frente a normas administrativas punitivas.

Dentro desse debate quanto à constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, destaca-se o fato de o sistema previdenciário possuir natureza contributiva.

O direito previdenciário surgiu no Brasil com a criação dos pecúlios direcionados aos militares. A proposta era criar mecanismos que assegurassem uma remuneração ao agente militar que dedicou longos anos de sua vida à defesa da nação. O pagamento desse benefício ocorria de forma graciosa, ou seja, era custeado pelos recursos estatais, independentemente de qualquer contribuição prestada pelo servidor.

Naquele momento histórico, a aplicação da pena de cassação de aposentadoria seria razoável, pois o recebimento do benefício não estava vinculado a nenhuma contribuição do beneficiário.

Entretanto, com a implantação de novos paradigmas na administração pública brasileira ocorrida durante a década de 90, a eficiência, a otimização de recursos públicos e a economicidade passaram a ser palavras de ordem para o gestor

público. Ressalta-se que a introdução desses paradigmas ocorreu por meio de profundas mudanças na legislação e posteriormente na atividade administrativa.

Buscando imprimir ao Estado maior fôlego financeiro, passou-se a dividir o ônus da manutenção do sistema previdenciário público como os respectivos segurados por meio da cobrança de uma contribuição obrigatória abatida diretamente na remuneração, no vencimento e no subsídio. Com isso, o sistema passou a ter características contributivas, muito semelhantes ao que já existia no regime geral de previdência social.

Com essa importante modificação, a aplicação da pena de cassação de aposentadoria tornou-se inviável, pois o segurado passou a “comprar o seu benefício previdenciário”.

Desta feita, o vínculo previdenciário passou a ser semelhante ao contrato de seguro, em que o segurando, tendo interesse em conservar uma coisa ou pessoa, vai repassar um valor pecuniário – prêmio – ao segurador que assumirá o risco de indenizar, caso ocorra um sinistro previamente definido contratualmente.

Mutatis mutantis, o servidor público, visando a proteger sua integridade econômica, recolhe mensalmente uma quantia, valor este destinado aos institutos previdenciários, que cobrirão eventuais riscos suportados pelo servidor.

Assim, a relação entre servidor e Estado passa a ter características contratuais, em que o pagamento do benefício, uma vez preenchidos os critérios legais, é obrigatório.

Com essa argumentação, foi apresentada pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4882, ainda pendente de julgamento, com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade parcial da Lei n. 8112/1990, no tocante à previsão da aplicação da pena de cassação de aposentadoria.

Acrescenta-se a tudo isso o argumento de que a aplicação da pena de cassação de aposentadoria ao servidor público efetivo que contribuiu durante a sua vida funcional pode configurar enriquecimento ilícito da administração.

Ressalta-se que não é papel da administração pública acumular riquezas. A atividade tributária visa apenas ao recolhimento de recursos para custear os serviços públicos destinados a assegurar o bem estar da coletividade. Apesar do uso da expressão “enriquecimento ilícito”, essa vedação alusiva à administração pública busca impedir que ela tenha um bônus sem arcar com os ônus dele.

Assim, como a relação jurídica previdenciária se amolda ao contrato de seguro, a administração passa a assumir a obrigação de cobrir eventuais riscos sociais aos quais está sujeito o segurando.

Por fim, outro argumento levantado para demonstrar a incompatibilidade da pena de cassação de aposentadoria refere-se à violação da vedação da aplicação de penas de caráter perpétuo e que vão além da pessoa do condenado.

É prudente arguir que, apesar de não ter natureza penal, a cassação de aposentadoria deve ser pautada pelas mesmas regras constitucionais destinadas às penas, o que justifica a aplicação da vedação da pena ou de seus reflexos perpétuos ou que transcendam a pessoa do apenado.

A cassação impõe a perda do benefício e das contribuições previdenciárias realizadas durante toda a vida funcional do servidor. Assim, se o servidor público desejar manter a pretensão de vir a receber um benefício previdenciário, deverá recolher novas contribuições em outro regime previdenciário, ou, após o período de incompatibilidade, no próprio regime dos servidores públicos. Dessa forma, as consequências advindas da aplicação da pena administrativa vão perdurar durante toda a vida do apenado.

Ressalta-se ainda que existe a possibilidade da aplicação da pena de cassação de aposentadoria alcançar outras pessoas além do servidor, como seria o caso dos prejuízos suportados pelos dependentes do segurado, que seriam o cônjuge, companheiro e companheira, filhos e equiparados, ou ainda ascendentes e irmãos, se for o caso.

Não parece justo que terceiro de boa-fé sofra as consequências de um ato ilícito do qual não houve qualquer participação ou incentivo.

Concluída pela incompatibilidade da pena de cassação de aposentadoria do servidor efetivo frente à dignidade da pessoa humana, ao princípio da isonomia, à segurança jurídica representada pelo ato jurídico perfeito e o direito adquirido, pelo caráter contributivo dos regimes previdenciários e pela imposição de uma pena cruel, perpétua e que passa da pessoa do condenado, não implica, necessariamente, impunidade do servidor faltoso.

Apesar de ser uma pena nefasta, injusta e inconstitucional, a cassação de aposentadoria buscou combater práticas ilícitas prejudiciais à administração pública e, conseqüentemente, à sociedade.

O servidor apenado com a cassação de aposentadoria não deve e não pode ser tratado como uma pessoa hipossuficiente e passível da piedade jurídica do Estado, pois ele foi autor de um ato ilícito grave. Se a pena de cassação de aposentadoria é incompatível com o ordenamento constitucional, mas isso não pode implicar a impunidade do servidor faltoso, como se resolveria essa celeuma?

Salienta-se, inicialmente, que, no momento quando o servidor toma posse em um cargo público, ele se sujeita a diferentes responsabilidades. Assim, qualquer infração cometida no exercício do cargo provocaria conseqüências de natureza civil, penal ou política, se for o caso.

Portanto, ainda que a pena de cassação de aposentadoria se torne inviável devido à inconstitucionalidade, outras conseqüências poderão ser impostas ao servidor efetivo em razão da materialização de um fato ilícito.

No que pese essa possibilidade, não é suficiente para a reprimenda da conduta ilícita a aplicação de sanções de cunho civil, político ou criminal, deve-se também existir alguma sanção de natureza administrativa.

A saída para esse imbróglio seria uma releitura do instituto da cassação de aposentadoria, adequando-o ao texto constitucional, pois sua retirada total do ordenamento pode causar tantos prejuízos quanto sua permanência. Por ter características análogas ao da demissão, talvez esse seja o melhor modelo a ser seguido em uma eventual adequação às regras constitucionais.

A pena de demissão também deve ser aplicada exclusivamente ao servidor público titular de cargo eletivo e aos estabilizados, quando for o caso, acarretando o rompimento do vínculo funcional com a administração pública, além de implicar incompatibilidade de assumir outro cargo público. Essa pena será aplicada naquelas faltas consideradas graves pelo legislador.

Apesar do rompimento definitivo do vínculo com a administração, a aplicação da pena de demissão não traz nenhuma consequência para as contribuições previdenciárias do servidor. Assim, após perder o cargo, poderá o ex-servidor público averbar seu tempo de contribuição em outro regime previdenciário, bastando que ele contribua com o período faltante e preencha o tempo mínimo da carência para fazer jus ao recebimento do benefício.

Assim, em existindo um servidor que se encontra na iminência da aposentadoria e incorra em uma falta grave, este poderá ser apenado administrativamente, sendo-lhe aplicada a de cassação de aposentadoria, entretanto produzindo efeitos diversos dos atuais.

Sob essa ótica, os efeitos da aplicação da pena retroagiriam à data da materialização do ato, causando aí o rompimento do vínculo funcional. A data do fato funcionaria aqui como um elemento temporal para a fixação da pena.

Claro que todas as contribuições efetuadas após a data base para aplicação da pena, ou seja, a data do fato, seriam perdidas, como um reflexo da pena. Entretanto as contribuições previdenciárias pretéritas seriam preservadas, permitindo que o servidor apenado utilize os anos de contribuições ao se vincular em outro regime previdenciário de filiação obrigatória, bastando apenas que se proceda a averbação do tempo de contribuição.

Mas como se justificaria a desconstituição do ato jurídico perfeito responsável pela direito ao recebimento do benefício da aposentadoria?

Ora, a perfeição se dá no momento em que o beneficiário, além da idade, possui o tempo de contribuição necessária para a concessão do benefício, dessa forma, se o período contributivo após a materialização do fato se deteriorou devido à aplicação da pena, por conseguinte, o servidor público não preencheria as

condições mínimas para a concessão do benefício, deixando a ato concessivo do benefício previdenciário passível de revisão.

A dogmática administrativista deve ser vista não como um conjunto isolado de normas jurídicas que regulam a atividade das instituições, órgãos e agentes públicos, ela faz parte de um todo harmônico e equilibrado. Ademais, acrescenta-se a esse universo uma ótica constitucional na interpretação dos institutos jurídicos visando, sobretudo, à concretização dos direitos fundamentais.

As críticas tecidas a respeito da cassação de aposentadoria têm por finalidade primordial aprimorar a atividade correcional da administração de modo a afugentar do panorama jurídico brasileiro institutos injustos e constitucionais.

A pena de cassação de aposentadoria da forma como ela é vista e aplicada hodiernamente fere o propósito primeiro desejado pelo legislador constituinte, que é a busca da concretização de um Estado justo, fraterno e voltado para o bem estar coletivo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. **Direito adquirido**: uma questão em aberto. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANDRETTA JÚNIOR, Homero. Delegação de competência na administração pública. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública** – RBEFP. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, set/dez 2014.

ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. O processo constitucional como elemento de proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro. Belo Horizonte, ano 20, n. 80, out./dez. 2012

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Globo, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Filipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Reclamação Disciplinar n. 0017258-57.2013.8.05.0000. Diário da Justiça Eletrônico. 2013. Disponível em: <http://www.tjba.jus.br/diario/internet/download.wsp?tmp.diario.nu_edicao=1066>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BALLMAN, Vilian. Aspectos da solidariedade como princípio fundamental da seguridade social. **Revista Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, ano 7, n. 73, mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BECCHI, Paolo. O princípio da dignidade humana. Tradução: Guilherme Genro; revisão: Dimitri Dimoulis. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 191-222, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=55216>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer nº GM 030, de 4 de abril de 2002**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8426>>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 jan. 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 4 jan. 2016.

_____. **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Emenda Constitucional n. 1, 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Emenda Constitucional n. 20, 15 de dezembro de 1998.** Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Emenda Constitucional n. 3 de 17 de março de 1993.** Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Emenda Constitucional n. 41 de 19 de dezembro de 2003.** Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Emenda Constitucional n. 42 de 19 de dezembro de 2003.** Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Emenda Constitucional n. 47 de 5 de julho de 2005.** Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Lei Complementar n. 131, de 27 de maio de 2009.** Acrescenta dispositivos à Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de

informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp131.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003.** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.683.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Lei n. 10.887 de 18 de junho de 2004.** Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nos 9.717, de 27 de novembro de 1998, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.887.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965.** Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da

Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Lei n. 8212 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Lei n. 9.717 de 27 de novembro de 1998**. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9717.htm>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. **Relatórios de Punições Expulsivas**. 2016. Disponível em: <[ww.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/relatorios-de-punicoes-expulsivas/arquivos/punicoes-mensal.pdf](http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/relatorios-de-punicoes-expulsivas/arquivos/punicoes-mensal.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2016.

_____. **Parecer MPS/CJ n. 3.333, de 29 de outubro de 2004**. Disponível em: <<http://www.ieprev.com.br/legislacao/2608/parecer-mps-cj-no-3.333>>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Estado**. 1995. Disponível em:
<<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. **Súmula 346**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Súmula 473**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 14.534/DF**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8594271/mandado-de-seguranca-ms-14534-df-2009-0144465-2/inteiro-teor-13675420>>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 15064/DF**. 2010/0032618-3. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21046990/mandado-de-seguranca-ms-15064-df-2010-0032618-3-stj/inteiro-teor-21046991>>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **MS 14.534/DF**; Rel. Ministro FELIX FISCHER; TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 04/02/2010. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24992995/mandado-de-seguranca-ms-13699-df-2008-0160086-3-stj/inteiro-teor-24992996>>. Acesso em: 1 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **MS: 14283 DF 2009/0069195-4**, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 23/03/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 08/04/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18784824/mandado-de-seguranca-ms-14283-df-2009-0069195-4/inteiro-teor-18784825>>. Acesso em: 1 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **MS: 15064 DF 2010/0032618-3**, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 09/11/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 17/11/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21046990/mandado-de-seguranca-ms-15064-df-2010-0032618-3-stj/inteiro-teor-21046991>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso no Mandado de Segurança N. 27.216 - RJ** (2008/0150711-9), Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186358960/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-27216-rj-2008-0150711-9/relatorio-e-voto-186358972>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **RMS 34473 MS 2011/0123683-0**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23341361/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-34473-ms-2011-0123683-0-stj>>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1542**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3049324&tipoApp=RTF>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2010**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2120**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14794483/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2120-am-stf>>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2975**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2159610>>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3128/DF**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ADI+3128%2FDF>>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4125 - Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2635406>>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2975**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI&pagina=2975&base=INFO>>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI 861377 RS**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25298710/agravo-de-instrumento-ai-861377-rs-stf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 21.948/RJ**. D.J 7/12/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85646>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 13.099/DF**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3AMS+13.099%2FDF>>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 13.791 - DF** (2008/0192543-9), 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE nº 795, div. 19.04.2011, pub. 25.04.2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19103390/mandado-de-seguranca-ms-13791-df-2008-0192543-9/inteiro-teor-19103391>>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 22693**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617722>>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 22728/PR**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/741396/mandado-de-seguranca-ms-22728-pr>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 266927/RS**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779639/recurso-extraordinario-re-266927-rs>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 610290/MS**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4323299>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 5**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. **Apelação Cível n. 1999.01.00.114587-8/PA**, 2ª Turma Suplementar, Rel. Conv. Juiz Federal Miguel Ângelo Lopes, DJU 25.03.2004. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2274153/apelacao-civel-ac-114587-pa-19990100114587-8/inteiro-teor-100770813>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal. 2ª Região. **Agravo de Instrumento n. 2003.02.01.014010-1**, 4ª Turma, Rel. Des. Federal Benedito Gonçalves, DJ 17.02.2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Regimento+Interno+do+TRF%2F2%C2%AA+Regiao>>. Acesso em: 1 maio 2016.

BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Previdência social**. Aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios. São Paulo: Atlas, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, Adir. A impossibilidade de cassação da aposentadoria de servidor público após a EC n. 20/98. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 153, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=98018>>. Acesso em: 29 ago. 2016

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2015

CAMPOS, Marcelo Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância** – à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública. 4. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2014.

COELHO, Inocêncio Mártires. A seguridade social como instrumento de concretização de direitos fundamentais. RDA – **Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2007, n. 246, set/dez. 2007.

COIMBRA, Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 8.ed. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1997.

CONSULTORIA FÓRUM. Aposentadoria por invalidez. Elementos essenciais do laudo médico. **Fórum Administrativo** – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, set. 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37286>>. Acesso em: 11 maio 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

COSTA, José Armando da. **Controle externo do ato disciplinar**. Belo horizonte: Fórum, 2005.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de Dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Disponível em: <>. Acesso em: 20 ago. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>. Acesso em: 18 de jul. 2016.

_____. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivum, 2010.

FARIAS NETO, Pedro Sabino. **Ciência política**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERRARI, Regina Maria Macedo. Ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: BANKS ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudo em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. ver. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício M. Autotutela administrativa e princípios do contraditório. **Fórum Municipal e Gestão das Cidades – FMGC**. Belo Horizonte, Ano 2, n. 3, jan/fev. 2014.

FIGUEIREDO, Marcelo. Inconstitucionalidade da “cassação” de aposentadoria no Brasil: considerações gerais e modulação sobre o tema em face da realidade nacional. **Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2014, n. 265, jan/abr. 2014.

FRANCA, Phillip Gil. Breves consideração sobre a adequada gestão pública. Busca-se a ótima ou a eficiente? **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 10, n. 116, ago. 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro; GONÇALVES, Willian Couto. **O devido processo legal e o processo justo**. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n10/6.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2016.

GOIÁS. **Lei n. 10.460, de 22 de fevereiro de 1988**. Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de Goiás e de suas Autarquias. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=4221>. Acesso em: 20 ago. 2016.

GOMES, José Jairo. Invalidade no direito eleitoral: nulidade e anulabilidade de votos. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jul/dez. 2009.

GRIGUET, Magadar Rosália Costa et al. **Previdência Social**. São Paulo: Atlas, 2013.

GUIMARÃES, Guilherme F. A. Cintra. Constitucionalismo e Estado Democrático de Direito: a Constituição como comunidade de princípios ou como ordem concreta de valores? **Revista Debates em Direito**. Belo Horizonte, Ano 9, n. 9, out. 2010.

HAIKAL, Daniela Mello Coelho. Peculiaridades do regime de previdência dos servidores públicos no âmbito municipal. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH**. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, Jan/jun. 2008.

HERANI, Renato Gugliano; THAMAY, Rennan Faria Kruger. Do devido processo legal ao devido processo constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 9, n.33, set/dez. 2015.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da Supremacia do interesse público: Crise, contradições e incompatibilidade de sua fundamentos com a Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 9, n. 36, abr./jun. 2009.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. O Estado Plurinacional na América Latina como uma construção do poder popular. A transição para a democracia popular na América Latina. **Revista Justiça e Constitucionalismo em Tempos de Transição**, 2012.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARCHINHACKI, Romualdo Paulo. Direitos fundamentais: aspectos gerais e históricos. **Revista da Unifebe**, Brusque. Ano 11. Dez. 2012.

MARRARA, Thiago. Competência, delegação e avocação na lei de processo administrativo (LPA). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./jun. 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MASCARENHAS, Janaína Bittencourt Faneca; MOREIRA, Mariana Miranda. Breves considerações sobre a regulação e a fiscalização das entidades fechadas de previdência complementar. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, Ano 14, n. 166, dez. 2014.

MASCARO, Alysson Leandro. Para uma teoria geral da segurança jurídica. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC. Belo Horizonte, Ano 9, n. 31, jan/abr. 2015.

MAUS, Ingeborg. **O direito e a política** – Teoria da democracia. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A cassação de aposentadoria de servidor público. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, ano 2, p. 183-186, 1986

MELO, Lígia Maria Silva de. Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional** – A&C. Belo Horizonte, ano 6. N. 25, jul/set. 2006

MIRANDA, Henrique Saviniti. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência 1. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 2, n. 7, jul. 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/39841>>. Acesso em: 22 jul. 2011

MOTTA, Fabrício M. A origem e a significação do ato administrativo no Estado de Direito. **Revista Fórum Administrativo** – FA. Belo Horizonte, ano 2, n. 12, fev. 2002.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Interesse Público e administração concertada. **Revista Brasileira de Direito Municipal** – RBDM. Belo Horizonte, ano 5, n.12, abr./jun. 2009.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Aplicação de penalidade de suspensão em lugar de advertência. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 120, fev. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=71782>>. Acesso em: 20 maio 2016.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Esfera Pública e democracia participativa. A contribuição de Hannah Arendt e Robert Dahl para a consolidação do direito de

participação no Brasil. **Revista Interesse Público** – IP. Belo Horizonte, ano 11, n. 55, maio/jun. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor – CDC: limites e possibilidades. **Revista Brasileira de Direito Público** – RBDP. Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEDROSA, Laurício. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Revista Fórum de Direito Civil** – RFDC. Belo Horizonte. Ano 2, n. 3, maio/ago. 2013.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Regime jurídico da estabilidade do servidor público: aspectos controvertidos. **Fórum Administrativo** – FA. Belo Horizonte, ano 5, n. 51, maio 2005.

PIRES, Maria Coeli Simões. Direito Adquirido como Limite à Retroprojeção de Emendas Constitucionais. **Fórum Administrativo** - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 4, n. 40, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=5079>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

PORTELA, André. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PUCETTI, Renata Fiori; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Da Inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública** – RBEFP Belo Horizonte, ano 4, n. 10, jan./abr. 2015.

PULINO, Daniel. Previdência complementar do servidor público. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública** – RBEFP. Belo Horizonte, ano 2, n.4, jan/abr. 2013.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Lincoln Magalhaes da. A função controle na Administração Pública – Controle Interno e Externo. **Fórum Administrativo** – FA. Belo Horizonte, Ano 1, n. 2, Abr. 2001.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AG 20120732795 SC 2012.073279-5**. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24156443/agravo-de-instrumento-ag-20120732795-sc-2012073279-5-acordao-tjsc/inteiro-teor-24156444>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Embargos Infringentes n. 007976-04.2008.8.26.0000**. Disponível em: <<http://tj->

sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310231725/mandado-de-seguranca-ms-20614274220158260000-sp-2061427-4220158260000/inteiro-teor-310231756>. Acesso em: 20 ago. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídica-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da dignidade**. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

SILVA, José Afonso. Constituição e segurança jurídica. In: BANKS ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudo em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. ver. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Reforma constitucional e direito adquirido. **Interesse Público** – IR. Belo Horizonte, ano 2, n. 6, abr/jun. 2000.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana. **Fórum Administrativo** - FA. Belo Horizonte, ano 8, n. 94, dez. 2008.

SORBILLI FILHO, Roberto. Estado judicial de exceção e controle da administração pública: breves reflexões. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte** – RPGMBH. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan/jun. 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**: Regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social. 15. ed. Niterói: Impetus, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A grande função do processo no Estado democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPRO. Belo Horizonte, ano 15, n. 59, jul/set. 2007.

TOCANTINS. **Lei n. 1614 de 4 de outubro de 2005**. Dispõe sobre o Regime Próprio de Previdência Social do Estado do Tocantins, e adota outras providências. Disponível em: <www.al.to.gov.br/arquivo/37297>. Acesso em: 1 maio 2016.

_____. **Lei n. 2.252, de 16 de dezembro de 2009**. Institui o Quadro de Servidores Auxiliares da Defensoria Pública do Estado do Tocantins e o respectivo Plano de Cargos, Carreira e Vencimentos. Disponível em: <http://www.defensoria.to.gov.br/docs/Legislacao/_lei2252_09.pdf>. Acesso em: 1 maio 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.